

**Sykehusapoteket i markedsstaten**  
**- EØS-rettslige rammer for organisering av**  
**offentligeide sykehusapotek**

Kandidatnummer: 209  
Leveringsfrist: 15.1.2008

Til sammen 38 193 ord

14.01.2008

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Temaets aktualitet i forhold til reglene om offentlige anskaffelser	1
1.2	Et videre perspektiv – bruk av særlovsselskap ved organiseringen av statsforvaltningen, reglene om statsstøtte	2
<b><u>2</u></b>	<b><u>ORGANISERING AV DET STATLIGE HELSEVESEN ETTER HELSEFORETAKSLOVEN</u></b>	<b><u>5</u></b>
2.1	Generelt om helseforetak	5
2.2	Sykehusapotek	8
2.2.1	Sykehusapotek organisert som ansvarlig selskap	10
2.2.2	Andre sykehusapotek	11
2.3	Begrepene sykehusforetak og apotekforetak	11
<b><u>3</u></b>	<b><u>EØS-AVTALEN</u></b>	<b><u>12</u></b>
3.1	Rettskildespørsmål, EØS-avtalens særpreg	12
3.1.1	Statsstøttereglenes særpreg	15
3.2	Avgrensninger mot reglene om de fire friheter og konkurransereglene	16
3.3	Innledning til drøftelsen av reglene om offentlige anskaffelser og statsstøtte	18
<b><u>4</u></b>	<b><u>GENERELT OM APOTEKSEKTOREN I NORGE, MED SÆRLIGE KOMMENTARER TIL DE SISTE ÅRS ENDRINGER</u></b>	<b><u>20</u></b>
4.1	Nye konsesjonsbestemmelser – omveltning av eierforholdene	22

<b>4.2</b>	<b>Nytt system for offentlig regulering av legemiddelpriser – et rettslig rammeverk for økt konkurranse</b>	<b>25</b>
<b>4.3</b>	<b>Bestemmelsene om sykehusapotekenes salg av apotekvarer til allmennheten</b>	<b>27</b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>REGLENE OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER</u></b>	<b><u>30</u></b>
<b>5.1</b>	<b>Generelt om sykehusenes innkjøp av apotekvarer</b>	<b>31</b>
5.1.1	Begrepsforklaringer og avgrensninger	31
5.1.2	Redegjørelse for sykehusenes innkjøp og ytterligere avgrensninger	32
<b>5.2</b>	<b>Nærmere karakteristikk av innkjøpene i forhold til anskaffelsesregelverket</b>	<b>35</b>
<b>5.3</b>	<b>Sykehusapotek som innkjøpssentral?</b>	<b>38</b>
5.3.1	Sykehusapotekene som ”offentligrettslig organ”	40
5.3.2	Vurdering av de rettslige rammene for innkjøpssentralers aktivitet	41
5.3.3	Oppsummering og konklusjon	46
<b>5.4</b>	<b>Egenregi - innledning</b>	<b>47</b>
5.4.1	Kontrollkriteriet	49
5.4.1.1	Hvem er sykehusapotekenes oppdragsgiver? – rammeavtaler i Helse Vest	50
5.4.1.2	Helseforetaket som oppdragsgiver	51
5.4.1.3	Kan kontrollkriteriet være oppfylt til tross for at sykehusene ikke selv har kontroll over sykehusapotekene?	53
5.4.1.4	En hypotese	62
5.4.1.5	Kan sykehus eie sykehusapotek?	62
5.4.1.6	Oppsummering og konklusjon i forhold til om kontrollkriteriet er oppfylt	70
5.4.2	Omsetningskriteriet	71
5.4.3	Konklusjon - omsetningskriteriet	77
5.4.4	Oppsummering - konklusjon på spørsmålet om egenregi	77
<b><u>6</u></b>	<b><u>REGLENE OM STATSSTØTTE</u></b>	<b><u>78</u></b>
<b>6.1</b>	<b>Bakgrunn - helseforetaklovens forarbeider</b>	<b>78</b>
<b>6.2</b>	<b>Statsstøtte</b>	<b>81</b>
6.2.1	Nærmere om statens ansvar for helseforetakets forpliktelser	81

6.2.2	Skattefritak som statsstøtte	86
6.2.3	Nærmere om skattefritaket	88
6.2.4	Skattefritakets virkning i de forskjellige helseregionene	93
6.2.4.1	Helseregion Nord	94
6.2.4.2	Helseregion Midt-Norge	95
6.2.4.3	Helseregion Vest	96
6.2.4.4	Helseregion Sør-Øst – Sykehusapotekene ANS	97
6.2.4.5	Oppsummering – skattefordelen	101
6.2.5	Vederlagsfri fordel for mottaker	101
6.2.5.1	<i>Altmark</i> -kriteriene	102
6.2.5.2	Unntaket i art. 59.2 for ”tjenester av almen økonomisk betydning”	106
6.2.6	Kommentar og delkonklusjon	108
<b>6.3</b>	<b>Støtten må begunstige enkelte foretak</b>	<b>109</b>
6.3.1	Foretakskriteriet	110
6.3.1.1	Økonomisk virksomhet	111
6.3.1.2	Doktrinen om en økonomisk enhet	112
6.3.1.3	Delkonklusjon	116
6.3.2	Selektivitetskriteriet	116
6.3.3	Delkonklusjon	117
<b>6.4</b>	<b>Konkurranssevridningsvilkåret</b>	<b>117</b>
6.4.1	Delkonklusjon	119
<b>6.5</b>	<b>Samhandelsvilkåret</b>	<b>120</b>
6.5.1	Delkonklusjon	121
<b>6.6</b>	<b>Konklusjon – statsstøtte</b>	<b>121</b>
<b>6.7</b>	<b>Lovlig statsstøtte?</b>	<b>122</b>
<b>6.8</b>	<b>Konklusjon – ulovlig statsstøtte</b>	<b>122</b>
<b><u>7</u></b>	<b><u>ENDRINGSFORSLAG</u></b>	<b><u>123</u></b>
<b>7.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>123</b>

<b>7.2</b>	<b>Hvordan kan sykehusapotekene fortsette som sykehusapotek samtidig som egenregiregelens krav oppfylles?</b>	<b>125</b>
7.2.1	Sykehusapotekene vil fremdeles være underlagt statsstøttereglene dersom de fortsetter å opptre som markedsaktører	126
<b>7.3</b>	<b>Fra sykehusapotek til rene legemiddelforsyningsorgan for sykehusene</b>	<b>128</b>
<b><u>REGISTER</u></b>		<b><u>131</u></b>

## 1 Innledning

Formålet med denne oppgaven er å vurdere organiseringen av de offentlige sykehusapotekene i forhold til rammene de EØS-initierte reglene om offentlige anskaffelser og statsstøtte trekker opp.

### 1.1 Temaets aktualitet i forhold til reglene om offentlige anskaffelser

En årsak til at dette temaet behandles er temaets praktiske aktualitet i forhold til anskaffelsesreglene. Norske sykehus bruker årlig store summer på innkjøp av legemidler. En stor del av sykehusenes innkjøp foregår gjennom sykehusapotek uten forutgående anbudsutsetting.<sup>1</sup> Riksrevisjonen hevdet nylig at innkjøpene foretas i strid med reglene om offentlige anskaffelser.<sup>2</sup> Helse- og omsorgsdepartementet som eier sykehusene og sykehusapotekene har i sakens anledning hentet inn en ekstern juridisk vurdering. De juridiske rådgiverne har slått fast at det hefter usikkerhet ved Riksrevisjonens konklusjon.<sup>3</sup>

Offentlige sykehus og sykehusapotek er organisert som likestilte og separate juridiske personer i en konsernlignende organisasjonsmodell. Dette reiser særlige spørsmål i forhold til om sykehusenes innkjøp fra sykehusapotekene kan unntas anskaffelsesreglene på bakgrunn av det såkalte egenregiunntaket.<sup>4</sup> En lignende konstellasjon har så langt jeg har kjennskap, ikke blitt vurdert av domstolene i EF- eller EFTA-pilarene, ei heller av norske domstoler eller av andre nasjonale organer som tar stilling til anskaffelsesspørsmål.

---

<sup>1</sup> Se pkt. 5.1 for en nærmere redegjørelse for sykehusenes innkjøp.

<sup>2</sup> Riksrevisjonens Dokument nr. 1 (2007-2008) s. 97-98.

<sup>3</sup> Se saksframlegg for styremøte i Helse Sør-Øst RHF 18.12.2007, saksnummer 075-2007, tilgjengelig på: [http://www.helse-sorost.no/modules/module\\_123/proxy.asp?C=29&I=465&D=2&mids](http://www.helse-sorost.no/modules/module_123/proxy.asp?C=29&I=465&D=2&mids) (hentedato: 12.12.2007).

<sup>4</sup> Dette vurderes nærmere under pkt. 5.4.

Spørsmålene dette reiser er heller ikke utførlig behandlet i juridisk teori. Dette gjør at det er av interesse å vurdere spørsmålet nærmere.

Videre vurderes det beslektede spørsmålet om sykehusenes innkjøp av apotekvarer fra sykehusapotekene kan unntas anskaffelsesreglene på bakgrunn av regelen om innkjøpssentraler.<sup>5</sup>

## 1.2 Et videre perspektiv – bruk av særlovsselskap ved organiseringen av statsforvaltningen, reglene om statsstøtte

Den 1. januar 2002 ble alle offentligeide sykehus organisert som statlig eide helseforetak med hjemmel i helseforetaksloven<sup>6</sup>. Samtidig ble en rekke av de offentligeide sykehusapotekene organisert som egne helseforetak, mens de øvrige ble organisert som et ansvarlig selskap. Fra og med 1. januar 2008 er alle de offentligeide sykehusapotekene organisert som helseforetak.

Helseforetaket er et særlovsselskap.<sup>7</sup> Særlovsselskaper kan karakteriseres som en spesialutviklet organisasjonsform som delvis er basert på selskapsformer kjent fra privatrekken, men med tilpasninger i forhold til regler om økonomisk ansvar og politisk styring som er ansett som nødvendige på bakgrunn av at selskapene driver virksomhet på vegne av det offentlige.<sup>8</sup> I tiden før helseforetaksreformen syntes det å være generell konsensus om at utstrakt bruk av forskjellige særlovsselskaper i organiseringen av

---

<sup>5</sup> Se pkt. 5.3.

<sup>6</sup> Lov om helseforetak m.m. (helseforetaksloven) av 15. juni 2001 nr. 93 (hlfrt.)

<sup>7</sup> Det synes å være noe uenighet over hvorvidt helseforetaket kan karakteriseres som et særlovsselskap, se NOU 2003: 34 s. 13 der jeg forstår forfatterne slik at de vil karakterisere helseforetaket som en egen type selskap, og ikke som et særlovsselskap. Bruken av begrepet har ikke rettslig betydning. Jeg vil i denne oppgaven omtale helseforetaket som et særlovsselskap slik det for eksempel gjøres i NOU 2004: 7 s. 36 og St.meld. nr. 13 (2006-2007) s. 7.

<sup>8</sup> Graver (2002) s. 217-218.

statsforvaltningen var uheldig.<sup>9</sup> Denne oppfatningen kom til uttrykk i forarbeidene til helseforetaksloven,<sup>10</sup> men la ikke noen nevneverdig demper på viljen til å opprette helseforetaket som et eget særlovsselskap.

Før helseforetaksreformen ble det fylkeskommunale sykehusselskapet utarbeidet for organisering av spesialisthelsetjenesten.<sup>11</sup> Loven om fylkeskommunale sykehusselskap trådte aldri i kraft, og ble opphevet av helseforetaksloven. Helseforetaket som juridisk person er tydelig inspirert av det fylkeskommunale sykehusselskapet. Det er imidlertid en rekke viktige forskjeller mellom helseforetaket og det fylkeskommunale sykehusselskapet.<sup>12</sup> En av disse er at sykehusselskapet, som navnet tilsier, var begrenset til å skulle fungere som en organisatorisk enhet for sykehus. Helseforetaket, på den annen side, er åpent for organisering av andre typer tilbydere av spesialisthelsetjenester (se hlfrt. § 1 nr. 2). Dette har, som nevnt, medført at sykehusapotek er organisert som helseforetak. Ved utformingen av helseforetaksloven ble denne forskjellen mellom de to organisatoriske modellene viet lite oppmerksomhet.

En rekke mekanismer som gjelder for andre juridiske personer som driver mer forretningsrettet virksomhet har blitt inkorporert i helseforetaksmodellen. Helseforetaket ligner strukturmessig mer på privatrettslige sammenslutninger som for eksempel aksjeselskap eller den privatrettslig inspirerte statsforetaksformen, enn på et alminnelig forvaltningsorgan. Helseforetaket skiller seg imidlertid fra aksjeselskapet og statsforetaket på en rekke punkter. Dette henger sammen med at sykehusdrift ikke anses som en form for næringsvirksomhet. Ved å ivareta befolkningens behov for spesialisthelsetjenester har offentlig sykehusdrift har en sosial funksjon. Dette er noe av bakgrunnen for at helseforetakene ikke er underlagt alminnelig skatteplikt og at staten som eier har ubegrenset ansvar for helseforetakenes forpliktelser. Disse bestemmelsene er imidlertid

---

<sup>9</sup> Se for eksempel NOU 1989: 5 s. 157.

<sup>10</sup> Se Ot. prp. nr. 66 (2000-2001) s. 61.

<sup>11</sup> Lov om fylkeskommunale sykehusselskaper av 8. september 2000 nr. 77 (opphevet).

<sup>12</sup> Se Ot.prp. nr. 66 (2000-2001) s. 62-63 for en nærmere redegjørelse for disse forskjellene.



ikke begrenset til å gjelde for sykehus organisert i helseforetak. Helseforetaklovens særordninger har virkning også for sykehusapotekene, til tross for at sykehusapotekene har en ganske annen funksjon enn det sykehusene har. Som den videre fremstillingen vil vise driver sykehusapotekene i motsetning til sykehusene til dels med alminnelig næringsvirksomhet. I det videre vurderes særordningene som gjelder for sykehusapotekene på bakgrunn av deres organisering etter helseforetaksloven i forhold til EØS-avtalens regler om statsstøtte.<sup>13</sup> Hovedfokuset for denne vurderingen er det generelle skattefritaket.

Helseforetaksreformen ble planlagt og iverksatt i et meget høyt tempo. Ved forberedelsene og gjennomføringen av reformen var organiseringen av sykehus i helseforetak det store tema. Til tross for at sykehus og sykehusapotek driver relativt forskjelligartet virksomhet ble det faktum at helseforetaket skulle fungere som en organisatorisk enhet for sykehusapotekene viet lite oppmerksomhet. Aktuelle spørsmål om sykehusapotekenes forhold til EØS-avtalen ble ikke eksplisitt drøftet i helseforetakslovens forarbeider.<sup>14</sup>

Hans Selchier von Ditten var Norges første sykehusapoteker. Ditten-slektens valgspråk var *"Eile mit Weile"*, tysk for "skynd deg langsomt".<sup>15</sup> Valgspråket gir en oppfordring om å tenke gjennom konsekvenser, også i situasjoner som stiller krav til rask og effektiv gjennomføring. På et vis er det nettopp spørsmålet om sykehusapoteker Dittens slektsvalgspråk ble fulgt ved omorganiseringen av sykehusapotekene som skal drøftes i det videre. Selv om dette ikke vil være et sentralt tema i denne oppgaven, kan spørsmålene som drøftes i det følgende knyttes til debatten om hvorvidt det er hensiktsmessig med en utstrakt bruk av særlovsselskaper ved organiseringen av offentlig forvaltning.

---

<sup>13</sup> Se pkt. 6.

<sup>14</sup> Ot. prp. nr. 66 (2000-2001) og Innst. O. nr. 118 (2000-2001).

<sup>15</sup> Se Refsum (2006) s. 39.

## **2 Organisering av det statlige helsevesen etter helseforetaksloven**

Som en bakgrunn for den videre drøftelse gis det i det følgende en kort presentasjon av den statlige spesialisthelsetjenestens organisering etter helseforetaksloven, herunder en plassering av sykehusapotekene i forhold til den øvrige statlige spesialisthelsetjenesten.

### **2.1 Generelt om helseforetak**

Helseforetak er som nevnt et særlovsselskap som har blitt utviklet som en organisatorisk enhet for det statlige helsevesen. Helseforetakene er inndelt i regionale helseforetak (RHF) og helseforetak. RHF har til oppgave å forvalte eierskapet til de offentlige sykehusene, sykehusapotekene og andre sykehuslignende institusjoner som er organisert som helseforetak. RHF står for den overordnede styringen, mens det utelukkende er de underliggende helseforetakene som yter helsetjenester. Alle RHF og helseforetak er heleid av det offentlige. RHF eies av staten ved Helse- og omsorgsdepartementet (HOD), helseforetakene eies av staten ved HOD gjennom RHF. Det enkelte RHF og helseforetakene det eier omtales som en helseforetakgruppe.<sup>16</sup>

RHF kan bare opprettes av Kongen i statsråd (hlfrt. § 8). Kongen delte med reformen Norge inn i fem helseregioner (§ 4.1). Dette var en ren videreføring av en tidligere inndeling. I forarbeidene ble det pekt på at en annen inndeling kunne være ønskelig i forhold til Oslo, siden hovedstaden etter inndelingen var delt mellom to regioner.<sup>17</sup> Den første juni 2007 ble disse to regionene slått sammen slik at antallet helseregioner ble redusert til fire. Antallet helseregioner er bestemmende for hvor mange RHF som kan opprettes siden det skal være ett RHF per helseregion (§ 4.1.2). Sammenslåingen av

---

<sup>16</sup> Ot.prp. nr. 66 (2000-2001) s. 37.

<sup>17</sup> Ibid. s. 36.

helseregionene i sør og i øst medførte at de to RHF Helse Sør og Helse Øst ble slått sammen til Helse Sør-Øst RHF. De tre øvrige RHFene er Helse Vest, Helse Midt-Norge og Helse Nord.

Regionale helseforetak kan ikke selv yte helsetjenester (hlfrt. § 9.1.1),<sup>18</sup> men har ansvaret for å tilby helsetjenester til befolkningen i sine helseregioner gjennom helseforetakene i sin helseforetaksgruppe.

Helseforetak kan bare opprettes av styret i RHF (§ 9). De regionale helseforetakene står i utgangspunktet fritt til å opprette det antallet helseforetak de finner hensiktsmessig. Etter § 4.2 skal det offentlige tilbud av spesialisthelsetjenester og tjenester som står i naturlig sammenheng med disse, organiseres etter helseforetaksloven.

På grunn av det offentliges ubegrensede ansvar for helseforetakenes forpliktelser er det bestemt at samarbeid mellom det offentlige og private ikke skal kunne organiseres som helseforetak.<sup>19</sup> Regionale helseforetak skal med andre ord, eies av staten alene (§ 2.2) og bare RHF alene kan eie helseforetak (§ 2.3). Skal staten inngå et samarbeid med private i et felles eid selskap må dette organiseres som et selskap med begrenset ansvar (§ 42.3.2). Samarbeidet kan ikke bestå av tilbydelse av spesialisthelsetjenester (§§ 42.3.1 og 4.2).

Etter hlfrt. § 1.2 er helseforetakenes formål å yte spesialisthelsetjenester samt å legge til rette for forskning og undervisning. I tråd med dette bestemmer § 2.3.2 at ”Helseforetak yter spesialisthelsetjenester, forskning, undervisning og andre tjenester som står i naturlig sammenheng med dette eller er pålagt i lov.”

---

<sup>18</sup> Den opprinnelige planen var at RHF skulle kunne tilby helsetjenester selv, se Ot.prp. nr. 66 (2000-2001) s. 60. Denne planen ble skrinlagt fordi flertallet i sosialkomiteen anså dette som en uheldig blanding av oppgaver, se Innst. O. nr. 118 (2000-2001) s. 43.

<sup>19</sup> Se Ot.prp. nr. 66 (2000-2001) s. 150.

Videre presiserer helseforetakslovens forarbeider uttrykkelig at: ”Virksomheten må yte spesialisthelsetjenester, forskning, undervisning eller tjenester som står i naturlig sammenheng med dette, for å kunne etableres som helseforetak.”<sup>20</sup> Det oppstilles ikke et krav om at et helseforetak skal være aktivt innen alle de aktuelle virksomhetskategoriene.

Helseforetakenes sentrale hovedoppgave er å tilby ”spesialisthelsetjenester”. I det videre følger en nærmere redegjørelse for begrepet.

Utgangspunktet er at de tjenester som omfattes av spesialisthelsetjenesteloven<sup>21</sup> er spesialisthelsetjenester. Loven inneholder ingen klar definisjon eller fullstendig avgrensning av begrepet spesialisthelsetjeneste. Sikkert er det i hvert fall at tjenester som faller inn under annen lovgivning ikke omfattes av loven om spesialisthelsetjenester.<sup>22</sup> Dette er tilfellet med primærhelsetjenestene som kommunen står ansvarlig for. Spesialisthelsetjenesteloven § 2-1a inneholder en positiv oppregning av en rekke tjenester som skal regnes som spesialisthelsetjenester. Oppregningen er ikke uttømmende. Med andre ord vil også tjenester som ikke omtales kunne regnes som spesialisthelsetjenester. Særlig tjenester som ligner på de oppregnede vil kunne regnes som spesialisthelsetjenester, men det er ingen automatikk i dette. Formålet med spesialisthelsetjenestebegrepet forklares nærmere i forarbeidene til helseforetaksloven: ”Spesialisthelsetjenesten er en samlebetegnelse på den type helsetjenester som man ikke har funnet det hensiktsmessig å legge ansvaret for på det kommunale nivå”.<sup>23</sup> Dette gir myndighetene et relativt fritt spillerom i vurderingen. Avgjørende faktorer kan etter dette blant annet være en helsefaglig, distriktpolitisk eller ressursøkonomisk vurdering av hvor gunstig det er å tilby den aktuelle tjeneste på et mer sentralisert plan. Er tjenesten av en slik art at det ikke er hensiktsmessig å tilby den på kommunenivå, taler dette for at tjenesten skal regnes som en spesialisthelsetjeneste. Etter lovens § 1-2.2 har Helse- og omsorgsdepartementet adgang til

---

<sup>20</sup> Ot.prp. nr. 66 (2000-2001) s. 130.

<sup>21</sup> Lov om spesialisthelsetjenesten m.m. av 2. juli 1999 nr. 61 (sphlsl.).

<sup>22</sup> Kjønstad & Syse (2005) s. 207.

<sup>23</sup> Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) s. 24.

å bestemme hva som skal regnes som en spesialisthelsetjeneste ved forskrift. Denne adgangen har departementet foreløpig ikke benyttet. Departementet har, etter bestemmelsen, videre adgang til å bestemme hva som skal regnes som en spesialisthelsetjeneste i den enkelte sak. Jeg har ikke funnet eksempler på at dette har blitt gjort.

Etter forarbeidene til helseforetaksloven er det klart at ”tjenester som står i naturlig sammenheng med” spesialisthelsetjenester, forskning og undervisning er ment å omfatte en rekke forhold.<sup>24</sup> I forhold til spesialisthelsetjenester, er tjenester som står i naturlig sammenheng med disse ment å omfatte to forskjelligartede kategorier. For det første er det ment å omfatte helsetjenester som ”faller utenfor kjernen av det som ligger i begrepet spesialisthelsetjeneste”.<sup>25</sup> Dette vil typisk kunne være helsetjenester som enten grenser opp mot primærhelsetjenester, eller er primærhelsetjenester eller ”støttefunksjoner som er av betydning for helseinstitusjonene”.<sup>26</sup> For det annet er formuleringen ment å omfatte ”delvirksomheter som ikke i seg selv er spesialisthelsetjenester. Dette kan være drift av kantiner, kiosker(,) vaskerier, utleie av personalboliger og lignende.”<sup>27</sup>

## 2.2 Sykehusapotek

Et sykehusapotek er etter apotekloven<sup>28</sup> § 1-3.1 bokstav d: ”et apotek som er i samlokalisering med offentlig sykehus eller privat sykehus som inngår i offentlige helseplaner, som har legemiddelforsyning til sykehuset som sin primæroppgave”.

Av de oppgavene helseforetak er forutsatt å utføre, driver sykehusapotekene til en viss grad med forskning tilknyttet sykehusenes virksomhet, og med undervisning av helsepersonell.

---

<sup>24</sup> Ot. prp. nr. 66 (2000-2001) s. 131.

<sup>25</sup> L.c.

<sup>26</sup> L.c.

<sup>27</sup> L.c.

<sup>28</sup> Lov om apotek av 2. juni 2000 nr. 39 (apotl.)

Dette utgjør imidlertid en liten del av sykehusapotekenes virksomhet. Sykehusapotekenes primæroppgave er å forsyne sykehusene med legemidler (jf. definisjonen i apotl. § 1-3.1 bokstav d). Denne virksomheten kan karakteriseres som tjenester som står i naturlig sammenheng med de aktivitetene et sykehusforetak er forutsatt å utføre i den forstand at de representerer en form for ”støttefunksjoner som er av betydning for helseinstitusjonene” som omtalt i forarbeidene.<sup>29</sup> Videre vil apotekvirksomheten kunne fremstå som det forarbeidene omtaler som en form for ”delvirksomhet som ikke i seg selv er spesialisthelsetjenester”.<sup>30</sup>

Drift av alminnelige apotek er betinget av forskjellige former for konsesjon (se apotl. § 1-4). Dette er først og fremst regulert i apotekloven. Apotekforskriften<sup>31</sup> inneholder imidlertid en rekke bestemmelser som utfyller loven. Etter apotl. § 2-1 kreves konsesjon for eierskap, etter apotl. § 3-1 kreves konsesjon for drift. Begge former for konsesjon gis av Helse- og omsorgsdepartementet (se §§ 2-1 og 3-1). Eierkonsesjonen vil omfatte et bestemt apotek i en bestemt kommune (apotl. § 2-7.1 og apotekforskriften § 3). Etter apotl. § 2-9 gir konsesjonen eier en rett og en plikt til å etablere og drive apotek. Driftskonsesjon knytter seg til de personene som skal stå for den daglige driften av apotekene, det er ikke lenger knyttet krav til at eier av apotek også skal drive apoteket.<sup>32</sup> Dermed er ikke bestemmelsene om driftskonsesjon av like stor interesse som eierkonsesjonsbestemmelsene sett i et organisatorisk lys.

Apotekloven inneholder en særregel om konsesjon til eie av sykehusapotek i § 2-5. Bestemmelsen innebærer at slik konsesjon primært skal gis det offentlige, bare i ”særlige tilfeller” kan konsesjon gis til private (§ 2-5.2). Dette er det motsatte av hva som ellers gjelder for alminnelige apotek, bare i ”særlige tilfeller” kan konsesjon gis det offentlige

---

<sup>29</sup> Ot. prp. nr. 66 (2000-2001) s. 131.

<sup>30</sup> L.c.

<sup>31</sup> Forskrift om apotek (apotekforskriften) av 26. februar 2001 nr. 178

<sup>32</sup> Se pkt. 4.1 for en nærmere redegjørelse for den tidligere rettstilstand.

(§ 2-4). Ellers er sykehusapotek i det vesentligste underlagt de samme reglene som alminnelige apotek.

### 2.2.1 Sykehusapotek organisert som ansvarlig selskap

Som nevnt er alle landets offentlige sykehusapotek fra 1. januar 2008 organisert som helseforetak.<sup>33</sup> Før dette var sykehusapotekene i Helse Sør-Øst, som nå går under navnet Sykehusapotekene HF, organisert i et ansvarlig selskap under navnet Sykehusapotekene ANS. Bakgrunnen for denne organiseringen var at de tidligere Helse Sør og Helse Øst, før sammenslåingen til Helse Sør-Øst i 2007, samarbeidet om sykehusapotekvirksomhet i et ansvarlig selskap slik hlfrt. § 42.2.2 foreskriver. Etter sammenslåingen var det ikke lenger grunnlag for å opprettholde organisasjonsformen ettersom et ansvarlig selskap etter selskapsloven ikke kan ha bare en eier.<sup>34</sup>

Til tross for at ingen sykehusapotek lenger er organisert som ansvarlig selskap, vil også organiseringen av det tidligere Sykehusapotekene ANS vurderes i forhold til EØS-avtalens regler i den videre fremstilling. Bakgrunnen for dette er at Sykehusapotekene ANS frem til 1. januar 2008, har fungert som en organisatorisk enhet for flesteparten av landets sykehusapotek siden helseforetaksreformens ikrafttreden.<sup>35</sup> En fremstilling av sykehusapotekenes organisering etter helseforetaksreformen som ikke tok hensyn til disse ville, etter mitt skjønn, fremstå som ufullstendig.

---

<sup>33</sup> Se saksfremlegg i sak 075-2007 Styremøte i Helse Sør-Øst RHF 18. desember 2007, tilgjengelig på: [http://www.helse-sorost.no/modules/module\\_123/proxy.asp?C=29&I=465&D=2&mids](http://www.helse-sorost.no/modules/module_123/proxy.asp?C=29&I=465&D=2&mids) (hentedato: 12.12.2007). Den foreløpige protokollen fra styremøtet viser at styret enstemmig vedtok å foreta en omorganisering i tråd med forslaget. Den foreløpige protokollen er tilgjengelig på: [http://www.helse-sorost.no/modules/module\\_123/proxy.asp?D=2&C=30&I=480](http://www.helse-sorost.no/modules/module_123/proxy.asp?D=2&C=30&I=480) (hentedato: 19.12.2007).

<sup>34</sup> Se lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven) av 21. juni 1985 nr. 83 § 1-1.1 og legaldefinisjonen av "ansvarlig selskap" i § 1-2.1 bokstav b, som begge klart forutsetter at ansvarlige selskap skal ha to eller flere eiere.

<sup>35</sup> Fra og med 2001 til og med 2007 har bare 10 av landets sykehusapotek har vært organisert som helseforetak. Se den innledende del av pkt. 4 for en nærmere redegjørelse.

### 2.2.2 Andre sykehusapotek

Utover de offentlige sykehusapotekene finnes det to sykehusapotek som er eid av ideelle stiftelser. Disse vil ikke bli nærmere omtalt. Når betegnelsen sykehusapotek benyttes er dette ikke ment å omfatte disse, med mindre dette er uttrykkelig forutsatt.

### 2.3 Begrepene sykehusforetak og apotekforetak

Betegnelsene sykehusforetak og apotekforetak bli brukt om hhv. sykehus og apotek organisert som helseforetak.



### 3 EØS-avtalen

I det følgende behandles under pkt. 3.1 visse rettskildespørsmål angående EØS-avtalen og dens virkning i forhold til øvrig norsk rett. Videre avgrenses fremstillingen i forhold til EØS-reglene nærmere under pkt. 3.2. Pkt. 3.3 inneholder en kort innledning til den videre drøftelsen.

#### 3.1 Rettskildespørsmål, EØS-avtalens særpreg

EØS-avtalen<sup>36</sup> er en folkerettslig traktat som har en rekke konsekvenser for norsk rett. Én viktig konsekvens er at den trekker opp generelle rammer for norsk lovgivning i forhold til regler som direkte eller mer indirekte berører samhandelen mellom EØS-statene. Etter dette kan regler som, isolert sett, er korrekt vedtatt etter norske konstitusjonelle rammer og andre internrettslige normer, tenkes å komme i strid med EØS-avtalen. Så langt som mulig skal den interne norske retten tolkes i tråd med det såkalte presumsjonsprinsippet slik at den ikke kommer i motstrid med EØS-retten.<sup>37</sup> Der harmoni ikke kan oppnås gjennom tolkning, må norsk rett stå tilbake for EØS-retten jf. EØS-lovens § 2.<sup>38</sup> Norske internrettslige normer skal ikke stride med EØS-avtalen. Manglende etterfølgelse av EØS-avtalens regelverk kan ikke forsvares med at en ordning er i overensstemmelse med den "rent interne" rett. Disse forholdene gjør at det er av særlig interesse å undersøke hvorvidt organiseringen av sykehusapotek i helseforetak er hensiktsmessig i forhold til EØS-avtalens regler.

---

36 Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992

37 Se Nygaard (2004) s. 144-147.

38 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. av 27. november 1992 nr. 109 (EØS-loven).

De sentrale regelsett i denne oppgaven er bestemmelsen om statsstøtte i EØS-avtalens art. 61 og reglene i lov om offentlige anskaffelser<sup>39</sup> med tilhørende forskrift.<sup>40</sup> Disse har sin bakgrunn i EF-retten, og har, grovt sett, sine motstykker i henholdsvis EFT art. 87 (tidligere art. 92) og anskaffelsesdirektivet.<sup>41</sup>

Det foreligger en del særlige forhold som får betydning for tolkningen av den EØS-initierte retten i norsk rett. En grunnleggende forutsetning for at EØS-avtalen skal ha sin tilsiktede effekt er, etter avtalens fortale, at de deltakende stater kan "nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av denne avtale og de bestemmelser i Fellesskapets regelverk som i det vesentlige er gjengitt i denne avtale",<sup>42</sup> en videre forutsetning er at det opprettholdes et "dynamisk" og "ensartet" samarbeidsområde "grunnlagt på felles regler".<sup>43</sup> Denne såkalte homogenitetsmålsetningen om opprettholdelse av ensartede regler gjentas uttrykkelig i EØS-avtalens art. 1.1.

Medlemsstatene i EU har, til forskjell fra Norge og de øvrige EFTA-statene som deltar i EØS-avtalen, overført lovgivningskompetanse til organene i samarbeidet. En forutsetning for å oppnå et dynamisk og ensartet samarbeidsområde, er imidlertid at nye relevante rettsakter som utformes i EF-retten inkorporeres fortløpende i hele EØS. Med andre ord er vi i en posisjon der den norske stat ikke har en rettslig forpliktelse til å innta de nye relevante rettsaktene, men ettersom et rettslig ensartet samarbeidsområde er en grunnleggende forutsetning for samarbeidet, må i praksis de relevante rettsaktene integreres.<sup>44</sup>

---

<sup>39</sup> Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 (offenskl.)

<sup>40</sup> Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 (foa.)

<sup>41</sup> EU-tidende 2004 nr. L 134 s. 114-240, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF av 31.3.2004 "om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter".

<sup>42</sup> Se 15. ledd i EØS-avtalens fortale.

<sup>43</sup> Ibid. 4. ledd.

<sup>44</sup> Se Sejersted m.fl. (2004) s. 177-184 for en nærmere redegjørelse.

EFTA statene som deltar i EØS har en egen domstol med eksklusiv jurisdiksjon over EØS-spørsmål som oppstår i EFTA-området. For å få et fullstendig bilde av EØS-relevant rettspraksis kan man imidlertid ikke begrense seg til å forholde seg til denne domstolens avgjørelser. For å ivareta homogenitetsmålsettingen må bestemmelsene i EØS-avtalen og tilhørende rettsakter tolkes i samsvar med de tilsvarende bestemmelsene i EF-retten. I praksis medfører dette at det må tas hensyn til de relevante rettsavgjørelser fra EF-domstolen når det nærmere innholdet av bestemmelsene skal fastlegges. Av EØS-avtalens art. 6 følger det at bestemmelsene i EØS-avtalen og tilhørende rettsakter skal tolkes i samsvar med EF-domstolens rettspraksis fra før inngåelsen av EØS-avtalen. Dette gjentas i ODA<sup>45</sup> art. 3.1 der det videre bestemmes at det skal tas "tilbørlig hensyn" til relevant rettspraksis som kommer til etter undertegningen av EØS-avtalen, jf. ODA art. 3.2. Ut fra formålet om et dynamisk og ensartet samarbeidsområde grunnlagt på felles regler, vil i praksis EF-domstolens avgjørelser være retningsgivende for hvordan de relevante bestemmelser i EØS-avtalen og tilhørende regler skal tolkes. Også praksis fra førsteinstansretten er en relevant rettskilde for tolkningen av EØS-avtalen.<sup>46</sup> Men i kraft av dens posisjon som førsteinstans er den rettskildemessige vekten av avgjørelsene beskjedne i forhold til EF-domstolen.

EF-domstolen skal etter EFT art. 222 bistås av åtte Generaladvokater som "skal fullstendig upartisk og uafhængigt offentlig fremsætte begrundede forslag til afgørelse af de sager, som i henhold til Domstolens statut kræver hans medvirken." Generaladvokatenes forslag til avgjørelser har relevans i rettskildemessig forstand. Den rettskildemessige vekten av forslagene er imidlertid beskjedne i forhold til domstolens avgjørelser. Generaladvokatforslagene er gjerne mer grundige enn EF-domstolens avgjørelser, og kan derfor ofte være et redskap til å forstå EF-domstolens avgjørelser i samme sak. I *Fokus Bank-saken*<sup>47</sup> henviste for eksempel EFTA-domstolen både til EF-domstolens avgjørelse i

---

<sup>45</sup> Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol av 2. mai 1992

<sup>46</sup> Se EFTA-domstolens uttalelser i sak E-2/94, *Scottish Salmon Growers Association Limited mot EFTA Surveillance Authority*, REC 1994-1995 s. 59 premiss 13.

<sup>47</sup> Sak E-1/04, *Fokus Bank ASA mot den Norske Stat*, REC 2004 s. 11 premiss 23.

*Ospelt*-saken<sup>48</sup> og til Generaladvokat Geelhoeds forslag til avgjørelse som en støtte for tolkningen.<sup>49</sup> Generaladvokatenes forslag til avgjørelser vil bidra med veloverveide argumentasjonsrekker som vil kunne ha en tyngde i kraft av sin overbevisningsverdi. Med andre ord kan andre rettsanvendere se til Generaladvokatenes forslag til avgjørelser for relevante reelle hensyn.

Visse aspekter i forhold til reglene om statsstøtte fortjener en nærmere generell gjennomgang.

### 3.1.1 Statsstøttereglenes særpreg

Etter ODA art. 36 jf. art. 31 avgjør EFTA-domstolen statsstøttesaker der EFTA-statene som er parter i EØS-avtalen er involvert. EFTA-domstolens avgjørelser er derfor, prinsipielt sett, en viktig rettskilde. Imidlertid avgjør EFTA-domstolen i praksis få slike saker. Av denne grunn er den betraktelig mer omfattende rettspraksis fra EF-domstolen i praksis en mer sentral kilde.

EFTAs Overvåkningsorgan ESA<sup>50</sup> spiller en viktig rolle på statsstøttereglenes område. ESA er et overnasjonalt kontrollorgan som skal sørge for at myndighetene i EFTA-statene som deltar i EØS etterlever sine forpliktelser etter EØS-avtalen.<sup>51</sup> ESAs oppgave tilsvarer på dette punktet Kommisjonens rolle i forhold til medlemsstatene i EU. Gjennom EØS-avtalen art. 62.1 bokstav b er ESA tillagt kompetanse til å overvåke og granske støtte gitt av EFTA-statene som er med i EØS-samarbeidet. Etter EØS-avtalens art. 61.3 jf. art. 62.1 bokstav b er ESA gitt en relativt vid skjønnsmessig kompetanse til å bestemme lovligheten av visse støtteordninger. I så måte kan ESAs praksis få betydning for den senere tolkningen av regelverket.

---

<sup>48</sup> Sak C-452/01, *Ospelt mot Schlössle Weissenberg*, Saml. 2003 s. 9743.

<sup>49</sup> Eksempelet er hentet fra Bullen (2005) s. 96.

<sup>50</sup> Forkortelse for EFTA Surveillance Authority.

<sup>51</sup> Se Sejersted m.fl. (2004) s. 144.

Utover dette har ESA publisert et sett med retningslinjer om praktiseringen av statsstøttereglene.<sup>52</sup> Dette er, for alle praktiske formål, en ren gjengivelse av Kommisjonens tilsvarende retningslinjer.<sup>53</sup> Retningslinjene har betydning ettersom ESA mest sannsynlig vil følge disse ved sine avgjørelser. EFTA-domstolen er imidlertid ikke bundet at retningslinjene, man har begrenset kompetanse etter EØS-avtalens art. 61.3. En annen grunn til å følge retningslinjene er at disse i stor grad sammenfatter EF-domstolens rettspraksis.

### 3.2 Avgrensninger mot reglene om de fire friheter og konkurransereglene

EØS-avtalens regler kan tenkes å komme inn på forskjellige måter i forhold til sykehusapotekenes virke. Avtalens regler om *de fire frihetene* i avtalens art. 8 flg. kan være aktuelle, og da særlig reglene om etableringsfrihet i EØS-avtalens art. 31 flg. RHF har verken plikt eller enerett til å drive sykehusapotek. Etter apotekloven<sup>54</sup> § 2-5.1 kan apotekkonsesjon for å drive sykehusapotek i ”særlige tilfeller” gis til privat søker. Denne adgangen har ikke blitt benyttet i særlig grad. Utover de to sykehusapotekene som eies av private stiftelser, eies alle sykehusapotekene av RHF. Apokjeden AS har klaget inn denne bestemmelsen til ESA på bakgrunn av at den påstås å utgjøre en hindring av etableringsfriheten i EØS.<sup>55</sup> Skulle ESA finne at den begrensede adgangen for private til å drive sykehusapotek er i strid med EØS-avtalen ville det kunne resultere i en endring av praksis og vilkåret i § 2-5.1 om ”særlige tilfeller”. Dette vil kunne medføre at flere private aktører ville kunne ende opp som eiere av sykehusapotek. Men dette vil ikke uten videre få de store konsekvensene for organiseringen av og eierskapet til de offentlige sykehusapotekene ettersom alle offentligeide sykehusapotek fra 1. januar 2008 er

---

<sup>52</sup> Guidelines on the application and interpretation of Articles 61 and 62 of the EEA Agreement and Article 1 in Part I of Protocol 3 to the Surveillance and Court Agreement, Adopted and issued by the EFTA Surveillance Authority on 19 January 1994 (OJ No. L 231, 3.9.1994, EEA Supplement No. 32).

<sup>53</sup> Se Sejersted m.fl. (2004) s. 218.

<sup>54</sup> Lov om apotek (apotekloven) av 2. juni 2000 nr. 39 (apotl.)

<sup>55</sup> ESA har foreløpig ikke tatt stilling til spørsmålet.

organisert som helseforetak og hlfr. § 2.2 bestemmer at bare det offentlige kan eie helseforetak. Spørsmålet om forholdet mellom etableringsfrihet og apotl. § 2-5.1 behandles derfor ikke i det videre.

Videre kan *konkurransereglene*<sup>56</sup> i konkurranselovens<sup>57</sup> § 10 flg. og EØS-avtalens art. 53 flg. være aktuelle i forhold til helseforetakene generelt og sykehusapotekene spesielt. Konkurransetilsynet har fattet et vedtak i forbindelse med en sak som dreide seg om konkurranseloven kan komme til anvendelse på RHF's og helseforetakenes aktivitet.<sup>58</sup> I den saken mente Privatsykehusenes Fellesorganisasjon at helseforetakene drev med et prissamarbeid som potensielt var i strid med den EØS-initierte konkurranseloven. Spørsmålene Konkurransetilsynet drøftet i den aktuelle sak var hvorvidt lovens §§ 10 eller 11 kunne komme til anvendelse på de regionale helseforetakenes og helseforetakenes aktivitet. Konkurransetilsynet kom til at disse ikke kunne anses som forskjellige og uavhengige foretak, og at § 10 dermed ikke kunne komme til anvendelse. Videre fastslo Konkurransetilsynet at § 11 i en gitt situasjon vil kunne komme til anvendelse såfremt helseforetakene i den aktuelle situasjonen kan regnes som et "foretak" i konkurransereglenes forstand. Konkurransetilsynet utelukket ikke at helseforetakene kan regnes som et "foretak" i konkurransereglenes forstand i visse sammenhenger der de opptrer i konkurranse med andre.<sup>59</sup>

Ettersom sykehusapotekene i langt større grad enn sykehusene kan sies å drive markedsorientert virksomhet, vil reglernes anvendelse i større grad kunne være aktuell for

---

<sup>56</sup> I vid forstand omfatter konkurransereglene også reglene om statsstøtte. Begrepet vil i denne oppgaven bli brukt i snever forstand slik at det ikke omfatter statsstøtteregele.

<sup>57</sup> Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 12.

<sup>58</sup> Se Konkurransetilsynets avgjørelse A2005-21 av 15. juni 2005, tilgjengelig på: [http://www.kt.no/iKnowBase/Content/422341/A2005-21\\_helseforetak.pdf](http://www.kt.no/iKnowBase/Content/422341/A2005-21_helseforetak.pdf) (hentedato: 10.1.2008).

<sup>59</sup> Se også Konkurransetilsynets svar til Axxess Sykehus og Spesialistklinikk AS av 22. august 2005 Ref.: 2004/414, MA3-M6 INAR 553.0 (ikke tilgjengelig på internett), som også gjelder konkurranserettsreglernes forhold til helseforetak.

sykehusapotekene og deres virksomhet. Konkurranselovens eventuelle anvendelse på sykehusapotekenes aktivitet vil likevel ikke først og fremst sette skranker for organisering av sykehusapotek som helseforetak. Skulle apotekene bryte konkurransereglene ville dette i første rekke få konsekvenser for deres markedsatferd. Det er mindre praktisk at selve organiseringen av sykehusapotekene som helseforetak, blir berørt av konkurransereglenes anvendelse. Derfor vurderes ikke sykehusapotekenes forhold til konkurransereglene nærmere i det følgende.

### 3.3 Innledning til drøftelsen av reglene om offentlige anskaffelser og statsstøtte

De regelsettene fra EØS-retten som sterkest og mest direkte kan berøre sykehusapotekenes organisering som helseforetak, og som kan ha konsekvenser for de regionale helseforetakenes eie av sykehusapotek, er etter mitt skjønn reglene om *offentlige anskaffelser* og *statsstøtte*. Dette er gjenstand for en bred drøftelse henholdsvis under pkt. 5 og 6. I det følgende presenteres hovedproblemstillingene kort.

Sykehusenes innkjøp av apotekvarer fra sykehusapotekene kan være problematisk i forhold til reglene om *offentlige anskaffelser*. Med helseforetaksreformen ble de styrende administrative enhetene organisert som regionale helseforetak, mens sykehus og sykehusapotek ble organisert som selvstendige rettssubjekter. Anskaffelsesreglene tillegger slike formelle organisatoriske forhold betydning.

Under pkt. 5.3 vurderes hvorvidt sykehusapotekene kan fungere som såkalte innkjøpssentraler for sykehusene.

Helse- og omsorgsdepartementet anser sykehusenes innkjøp fra sykehusapotekene som foretatt i egenregi.<sup>60</sup> Egenregi betegner i utgangspunktet den situasjon der ett rettssubjekt som er underlagt anskaffelsesreglene for eksempel utfører en tjeneste selv istedenfor å kjøpe tjenesten fra andre. I disse tilfellene foreligger ikke en kontrakt om anskaffelse, og på

---

<sup>60</sup> Se pkt. 5.4.1.3.

bakgrunn av dette vil ikke tilfellet omfattes av anskaffelsesreglene. Egenregiregelen kan også få anvendelse på transaksjoner mellom forskjellige rettssubjekter, men som det fremgår av den videre drøftelse, oppstilles det to vilkår som begge må være oppfylt for at denne formen for egenregi godtas. Spørsmålet om disse vilkårene er oppfylt vurderes under pkt. 5.4.

Sykehusapotekenes organisering etter helseforetaksloven kan videre være problematisk i forhold til reglene om *statsstøtte*. I kraft av å være organisert som helseforetak har sykehusapotekene en rekke fordeler. I den grad dette kan styrke sykehusapotekene når de opptrer i konkurranse med privateide apotek kan disse fordelene utgjøre ulovlig statsstøtte. Med andre ord er det en fare for at det kan forekomme en form for krysssubsidiering som medfører at fordeler sykehusapotekene har i kraft av å være organisert etter helseforetaksloven kan virke konkurransevridene når sykehusapotekene opptrer som en aktør på apotekmarkedet. De viktigste fordelene sykehusapotekene har i kraft av å være organisert etter helseforetaksloven er at sykehusapotekene er fritatt for skatteplikt, og staten har ubegrenset ansvar for deres forpliktelser. Skattefritaket vurderes i forhold til statsstøttereglene under pkt. 6.2.2 flg. Det ubegrensede ansvaret kommenteres kort under pkt. 6.2.1.

For å etablere en nødvendig ramme for den videre drøftelse gis i det følgende en redegjørelse for en rekke forhold som særpreger det norske apotekmarkedet.



#### **4 Generelt om apoteksektoren i Norge, med særlige kommentarer til de siste års endringer**

Frem til lovendringene som kom med den nye apotekloven fra 2000, hadde apoteksektoren de siste 150 årene i hovedsak vært regulert i samsvar med de hovedprinsipper som er å finne i den gamle apotekloven av 1963<sup>61</sup>.<sup>62</sup> Apoteknæringen i Norge har i sine 400 år i hovedsak vært drevet av private.

Vi har ingen spesielt lang tradisjon for offentligeide apotek. Sykehusapoteket ved Rikshospitalet ble ikke etablert før 1856,<sup>63</sup> i begynnelsen av 1890-tallet ble det vedtatt at det skulle drives for det offentliges regning, og ble dermed det første offentligeide apoteket.<sup>64</sup> Sykehusapoteket ved Rikshospitalet var det eneste av sitt slag frem til det i 1950 ble det åpnet for en generell adgang for stat og kommune til å etablere sykehusapotek etter en nærmere behovsprøving.<sup>65</sup>

Pr. 3. november 2007 var det 609 apotek her i landet.<sup>66</sup> I 2007 var bare 29 apotek sykehusapotek i offentlig eie. Av disse var bare 10 organisert som helseforetak. Fra 1. januar 2008 er samtlige av de offentlig eide sykehusapotekene organisert som helseforetak. Det finnes to privateide sykehusapotek som har særavtaler med RHF.

---

<sup>61</sup> Lov om drift av apotek m.v. av 21. juni 1963 nr. 17 (opphevet).

<sup>62</sup> Se Ot.prp. nr. 29 (1998-1999) s. 66

<sup>63</sup> Se Refsum (2006) s. 7.

<sup>64</sup> Ibid. s. 88 med videre henvisninger.

<sup>65</sup> Apotekloven av 1909 § 7 ble endret av lov av 15. desember 1950 nr. 9 om endringer i lov om drift av apotek av 4. august 1909 (opphevet).

<sup>66</sup> Statistikken her og i den følgende redegjørelsen under dette punktet er i stor grad basert på tall hentet fra Apotekforeningens hjemmeside: <http://www.apotek.no/sw114.asp?ParentID=109> (Hentedato: 12.11.2007).

Apotekene i Norge har salg av legemidler og andre apotekvarer som sin hovedoppgave. Apotekdrift er avhengig av konsesjon (apotl. § 1-4). Apotekene er i utgangspunktet forbeholdt eneretten til å selge legemidler til sluttbrukere (legemiddeloven<sup>67</sup> § 16.2). Loven opererer med visse unntak. Apotekene kan for eksempel selv opprette medisinsalg i områder hvor tilgjengeligheten av legemidler er dårlig. Disse har ikke farmasøytisk personale, og får bare lov til å stå for salg av reseptfrie legemidler. Medisinsalgene kan imidlertid levere ut reseptpliktige legemidler sendt fra apotek. I 2003 ble det åpnet for at dagligvarehandler og andre utsalgssteder enn apotek kunne selge et begrenset utvalg legemidler.<sup>68</sup> Dette omtales som LUA-ordningen (Legemidler utenom apotek). Slikt salg er betinget av konsesjon. Endelig har legemiddelgrossister og produsenter en begrenset adgang til å selge legemidler direkte til sykehus, sykehjem og sluttbrukere av veterinære legemidler.

Apotekene her i landet hadde en totalomsetning på rundt 19,9 milliarder kroner i 2006.<sup>69</sup> Av dette stod sykehusapotekene organisert som helseforetak for nesten 1,2 milliarder kroner. Sykehusapotekene ANS stod for noe i overkant av 1,6 milliarder kroner. Samlet omsatte dermed sykehusapotekene for nesten 2,8 milliarder kroner i 2006. Dette utgjør omtrent 14 % av den totale omsetningen på den norske apoteksektoren i 2006. Sykehusapotekenes markedsandel har relativt sett, økt betydelig. I 1994 hadde sykehusapotekene en andel på 12,1 %.<sup>70</sup> En andel på 14 % er betydelig tatt i betraktning at

---

<sup>67</sup> Lov om legemidler m.v. (legemiddeloven) av 4. desember 1992 nr. 132.

<sup>68</sup> Se legemiddeloven § 16.4 med tilhørende forskrift om omsetning mv. av visse reseptfrie legemidler utenom apotek av 14. august 2003 nr. 1053.

<sup>69</sup> I tillegg til apotekene omsetter, som nevnt i det foregående avsnitt, et utvalg andre aktører legemidler i landet. Det antas at dette ikke utgjør noen stor del av den totale omsetningen av legemidler, se Apotekforeningens bransjestatistikk Apotek og legemidler 2007 s. 8, tilgjengelig på: <http://www.apotek.no/sw117.asp?ParentID=100> (hentedato: 10.1.2008).

Apotekenes totalomsetning utgjorde i underkant av 1 % av brutto nasjonalprodukt i 2006. BNP var i 2006 på 2 156 milliarder kroner, se: <http://www.ssb.no/regnskap/> (hentedato: 12.12.2007).

<sup>70</sup> Se NOU 1997: 6 s. 26.

bare omtrent 5 % av apotekene i landet er offentlig eide sykehusapotek. Sykehusene, som er sykehusapotekenes største kunder, har stadig økende utgifter på dette området. I 2005 økte sykehusforetakenes utgifter til medisiner og medisinske forbruksvarer vesentlig mer enn andre utgifter, som for eksempel lønnskostnader. Kostnadsveksten på apotekvarer var også forholdsvis større enn aktivitetsveksten i sykehusene.<sup>71</sup> Dermed er det lite sannsynlig at denne markedsandelen vil minke i kommende år.

Til tross for privates dominans har apoteksektoren før den nye apoteklovens ikrafttredelse ikke i noen særlig grad vært preget av konkurranse. Bakgrunnen for dette har vært at sektoren har vært underlagt omfattende offentlige reguleringer. De senere års utvikling, særlig endringene iverksatt i den gjeldende apotekloven av 2000, har ført til en omfattende markedsliberalisering av apoteksektoren. I det følgende gjennomgås de viktigste endringene fra de senere årene av betydning for temaet i denne oppgaven.

#### 4.1 Nye konsesjonsbestemmelser – omveltning av eierforholdene

Den nye apotekloven endret konsesjonsbestemmelsene på flere punkter. Endringene har ikke, som man kanskje kunne bli ledet til å tro, kommet som et resultat av EØS-avtalens regler.<sup>72</sup> En del av formålet med endringene har vært å finne en modell for omsetning av legemidler som ”ivaretar de helsepolitiske målsettinger”.<sup>73</sup> En del av endringene har imidlertid vært begrunnet i hensyn som også EØS-avtalen er ment å ivareta. Det har vært et mål å organisere apotekene på en måte som representerer en ”mest mulig effektiv ressursutnyttelse”.<sup>74</sup> Tidligere bestemte myndighetene hvorvidt det skulle opprettes apotek, hvor mange apotek det skulle være og hvor de skulle ligge. I dag stilles ingen tilsvarende

---

<sup>71</sup> Se Beregningsutvalget for spesialisthelsetjenesten sin årsrapport for 2005 s. 9-10, tilgjengelig på: [http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/rapporter\\_planer/rapporter/2005/Arsrapport-fra-beregningsutvalget-for-spesialisthelsetjenesten.html?id=106367](http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/rapporter_planer/rapporter/2005/Arsrapport-fra-beregningsutvalget-for-spesialisthelsetjenesten.html?id=106367) (hentedato: 10.1.2008).

<sup>72</sup> Se Ot.prp. nr. 29 (1998-1999) s. 63.

<sup>73</sup> Se NOU 1997: 6 s. 9.

<sup>74</sup> L.c.

lovfestede krav.<sup>75</sup> Riktignok er retten til å eie og drive apotek betinget av konsesjon (apotl. § 1-4) som nærmere bestemmer hvor apoteket kan etableres (§ 2-7.1), men den nye apoteklovens ordning er slik at søkeren har rettskrav på konsesjon når denne oppfyller de krav som er oppstilt i loven (§§ 2-2.1 og 3-2.1).<sup>76</sup> Resultatet av denne endringen er at det i de siste årene har vært en sterk vekst i antall apotek. Antallet apotek har nesten blitt fordoblet etter ikrafttreddelsen av den nye apotekloven i mars 2001.

Videre er det foretatt omfattende endringer av konsesjonsbestemmelsene i forhold til hvem som kan eie og drive apotek, hvor mange apotek en eier kan inneha og hvordan eierskapet til apoteket skal organiseres. Den nye apotekloven videreførte ikke tidligere krav om at privateide apotek måtte organiseres som enkeltmannsforetak.<sup>77</sup> Konsekvensen av at organiseringen som enkeltmannsforetak var at apoteket ikke var et eget rettssubjekt eller skattesubjekt. Én sentral konsekvens av dette var at apotekeren heftet ubegrenset for apotekets gjeld.

I tillegg til dette fjernet den nye apotekloven kravet om at eier av privateid<sup>78</sup> apotek skulle være universitetsutdannet og ha en cand.pharm-grad. I tillegg til formelle krav til eiers utdanning var hovedregelen at eier måtte drive apoteket selv. Konsekvensen av dette

---

<sup>75</sup> På den annen side inngikk Helse- og omsorgsdepartementet en distriktsapotekavtale med sentrale private aktører på apoteksektoren etter den nye apoteklovens ikrafttredelse. Avtalen sikrer apotekdekning i visse kommuner der alminnelig apotekdrift ikke er regningssvarende. Avtalen fornyes regelmessig. Den nåværende avtalen er inngått med de tre store apotekkjedene i Norge og løper til 1. juli 2009. Den innebærer i korte trekk at de tre kjedene forpliktes til å opprettholde apotekutsalg i visse kommuner der det allerede er etablert apotekutsalg. Distriktsapotekene finansieres til gjengjeld av apoteknæringen selv gjennom legemiddelavgiften. For mer om distriktsapotekene, se St.meld. nr. 18 (2004-2005) s. 73 flg.

<sup>76</sup> Konsesjonene er til en viss grad forutsatt benyttet for å sikre apotekdekning i distriktene, se Ot.prp. nr. 29 (1998-1999) s. 72.

<sup>77</sup> Dette kravet var ikke eksplisitt formulert i den eldre apoteklov, men ut fra uttalelser i denne lovens forarbeider var det antatt at apotekeren ikke kunne eie foretaket på annen måte enn som enkeltmannsforetak. Denne rettsoppfatningen ble uten unntak fulgt i praksis, se Ot.prp. nr. 29 (1998-1999) s. 78.

<sup>78</sup> For å muliggjøre offentlig eie av sykehusapotek opererte loven med visse unntaksbestemmelser.

kombinerte kravet om eierskap og driftsansvar, var at en apoteker ikke kunne eie mer enn ett apotek fordi de oppgaver den eldre apoteklov påla eier i forbindelse med driftsansvar, gjorde det vanskelig å ha driftsansvaret for flere apotek.<sup>79</sup>

I dag er det ikke stilt tilsvarende eier- og driftskrav. Riktignok er eierskap og drift avhengig av konsesjon etter apotl. § 1-4 jf. apotl. kap. 2 og 3. De nye og mer lempelige kravene innebærer at en mye større gruppe fysiske personer kan eie apotek enn tidligere. I tillegg har lovendringen medført at juridiske personer har fått en generell adgang til å eie apotek. Dette har medført en omfattende omveltning av eier- og driftsforholdene hva angår privateide apotek. De fleste apotekene er fremdeles i privat eie, men nå eies disse hovedsakelig av internasjonale selskaper. De fleste apotekene inngår i de tre kjedene Alliance Apotek, Apotek 1 og Vitusapotek AS med henholdsvis 135, 228 og 149 apotek.<sup>80</sup> Dette utgjør omtrent 85 % av landets apotek. Videre er de tre kjedene deleiere i mange av de om lag 80 resterende apotekene i privat eie. Bare omtrent 20 farmasøyter er eneeiere av rundt 25 apotek.

Fra å stort sett være heleid av norske farmasøyter, er apotekene i Norge i dag hovedsakelig eid av utlandske interesser gjennom internasjonale selskaper. De tre dominerende kjedene er eid av tre internasjonale selskaper som er involvert i farmasi og annen næringsvirksomhet i store deler av Europa.<sup>81</sup>

Alliance Apotekene eies av Alliance Unichem Norge AS som igjen eies av det englandsbaserte Alliance Boots Limited.

---

<sup>79</sup> Loven var imidlertid ikke til hinder for at eieren kunne eie og drive flere filialapotek underordnet hovedapoteket dersom visse konkrete vilkår var oppfylt, se Ot.prp. nr. 29 (1998-1999) s. 82 flg. for en videre redegjørelse for den tidligere rettstilstand.

<sup>80</sup> Pr. 3. november 2007.

<sup>81</sup> St.meld. nr. 18 (2004-2005) s. 63.

Apotek 1 apotekene eies av Apokjeden AS som igjen eies av det finske selskapet Tamro Finland som igjen er heleid av det tyske selskapet Phoenix Pharmahandel AG.

Vitusapotekene eies av Norsk Medisinaldepot AS som er et datterselskap av det tysklandsbaserte Celesio AG. Majoriteten av aksjene i Celesio AG eies av det tysklandsbaserte Franz Haniel & Cie. GmbH.<sup>82</sup>

#### 4.2 Nytt system for offentlig regulering av legemiddelpriser – et rettslig rammeverk for økt konkurranse

En annen viktig endring fra de siste årene består i at forskrift om prisfastsettelse av legemidler<sup>83</sup> opphevet kravet om like priser på reseptpliktige legemidler. Isteden ble det innført en maksimalprisordning. Denne forskriften er nå opphevet av legemiddelforskriften.<sup>84</sup> Opphevelsen endret ikke rettstilstanden vesentlig på dette punkt. Prinsippene om prisfastsettelse er videreført i legemiddeloven § 6 jf. legemiddelforskriftens kap. 12.

Med maksimalprisreglene er det søkt å oppnå en viss konkurranse ved at apotekene kan konkurrere ved å sette en lavere pris en den fastsatte maksimalprisen. Statens legemiddelverk fastsetter en maksimal innkjøpspris for hvert enkelt legemiddel som apotekene kan kjøpe fra grossist (AIP) (legemiddelforskriften § 12-1 jf. § 12-2). Denne danner, sammen med en fastsatt maksimal avanse og merverdiavgiften, apotekets utsalgspris på hvert enkelt legemiddel (AUP) (§ 12-1 jf. § 12-3). Ved at apotekene kan forhandle seg frem til lavere innkjøpspris fra grossist, og ved at de kan sette ned avansen ved salg til brukere, åpnes det for konkurranse apotekene imellom.

---

<sup>82</sup> Ibid. s. 64.

<sup>83</sup> Forskrift om prisfastsettelse av legemidler av 16. desember 1994 nr. 1116 (opphevet).

<sup>84</sup> Forskrift om legemidler (legemiddelforskriften) av 22. desember 1999 nr. 1559.

Apotekmarkedet har imidlertid en rekke særpreg som vanskeliggjør realiseringen av fullkommen konkurranse. Ett av disse er at brukerne ikke fullt ut betaler for legemidler utlevert på blå resept. Dermed vil ikke brukerne ha det samme incitamentet til å skaffe legemidlet til lavest mulig pris som de ville hatt i et alminnelig marked, der brukeren selv måtte bære hele kostnaden. Hovedregelen etter blåreseptforskriften<sup>85</sup> § 7 nr. 2 er imidlertid at brukeren betaler en prosentuell egenandel på 36 %<sup>86</sup> av reseptbeløpet.<sup>87</sup> Ettersom brukeren som hovedregel må betale en prosentuell del, vil størrelsen på brukerens egenandel bestemmes av prisen på legemiddelet i det apoteket han handler, og brukeren vil i prinsippet ha et incitament for å kjøpe også legemidler på blå resept til en lavere pris, selv om brukeren bare vil nyte godt av en del av en eventuell besparelse.

For andre reseptbelagte legemidler (legemidler på hvit resept), og for øvrige ikke-reseptbelagte legemidler, er hovedregelen at brukeren selv betaler.<sup>88</sup> Dermed har brukeren et enda sterkere incitament for å holde kostnadene nede i disse tilfellene.

Det har blitt rettet en del kritikk mot dette maksimalprissystemet. Systemet har jevnt over, ikke ført til at det har blitt en konkurranse som har resultert i lavere priser.<sup>89</sup> Uavhengig av

---

<sup>85</sup> Forskrift om stønad til dekning av utgifter til viktige legemidler og spesielt medisinsk utstyr av 18. april 1997 nr. 330 (blåreseptforskriften).

<sup>86</sup> Men ikke over 510 kr. per resept (§7 nr. 2). Dessuten kan brukere få frikort som fritar dem fra ytterligere betaling av egenandel når brukeren har betalt en samlet sum av egenandeler i et kalenderår som overstiger frikortets egenandelstak (lov om folketrygd av 28. februar 1997 nr. 19 § 5-3). To forskjellige frikort finnes for forskjellige tjenester (se ftrl. § 5-3). De to forskjellige egenandelstakene bestemmes i egen forskrift og var for 2007 etter forskrift om egenandelstak 1 av 18. april 1997 nr. 334 § 4, 1 660 kr. og etter forskrift om egenandelstak 2 av 19. desember 2002 nr. 1789 § 3, 2 500 kr (uforandret fra 2006).

<sup>87</sup> Unntak gjelder etter § 7 nr. 3 for allmennfarlige smittsomme sykdommer etter forskriftens § 4 og tilstander med immunitetssvikt etter § 9 punkt 38.

<sup>88</sup> Visse unntak kan gjøre seg gjeldende, se ftrl. § 5-22 om bidrag til spesielle forhold med tilhørende rundskriv. Rundskrivet er tilgjengelig på: <http://www.nav.no/page?id=376> (hentedato: 27.12.2007).

<sup>89</sup> Se St.prp. nr. 18 (2004-2005) s. 66-67, se også artikkelen ”Tvinges til Pilleprishopp” publisert i Aftenpostens morgennummer 3.7.2007, tilgjengelig på: <http://e24.no/naeringsliv/article1867243.ece> (hentedato: 10.1.2008).

hvor godt systemet fungerer, innebærer innføringen av maksimalprisordningen at apoteksektoren til en viss grad har blitt mer markedsrettet.<sup>90</sup>

#### 4.3 Bestemmelsene om sykehusapotekenes salg av apotekvarer til allmennheten

Til slutt skal det nevnes at lovendringer fra de siste årene har utvidet sykehusapotekenes muligheter til å selge apotekvarer til allmennheten. Etter apotekloven § 6-1.3 kan Helse- og omsorgsdepartementet helt eller delvis unnta sykehusapotek fra leveringsrett for forhandlingspliktige varer til andre kunder enn sykehuset, dets ansatte og brukere. Denne begrensningen er utformet på bakgrunn av konkurransemessige hensyn. Etter apotekforskriften § 39 kan et slikt vedtak treffes dersom sykehusapoteket mottar tjenester fra sykehuset uten å yte fullt vederlag, og disse tjenestene er egnet til å gi sykehusapoteket en særlig gunstig stilling i forhold til andre apotek i samme kommune eller nærområde.

Ifølge forarbeidene til den nye apotekloven<sup>91</sup> er denne begrensningen en videreføring av hovedtrekkene fra den forrige apotekloven av 1963 og dens § 45. For de deler av 1963-lovens § 45 som er relevante i denne sammenhengen var § 45 i det vesentlige en videreføring av den eldre apotekloven av 1909<sup>92</sup> § 7 som ble tilføyd ved en lovendring i 1950. Det forarbeidene til den nye apotekloven unnlater å nevne er at de gamle lovenes ordninger bestod i at sykehusapoteket ikke kunne selge varer til sykehusets personal eller brukere uten det daværende Sosial- og helsedepartementets samtykke (apoteklovene av 1963 § 45.3 og 1909 § 7.3). Videre, og viktigere i denne sammenheng, var det et forbud mot salg av apotekvarer til allmennheten. Den eneste muligheten sykehusapotekene hadde til å selge varer til allmennheten, var hvis Kongen<sup>93</sup> gav sykehusapoteket tillatelse til dette.

---

<sup>90</sup> Prisene er fremdeles i høy grad under statlig kontroll. Denne praksisen er akseptert fordi formålet er å skjerme samfunnet og befolkningen mot urimelig priser på legemidler som følge av at priskonkurransen er dårlig i legemiddelmarkedet sammenlignet med andre markeder, se Apotek og legemidler (2007) s. 52.

<sup>91</sup> Ot.prp. nr. 29 (1998-1999) s. 148.

<sup>92</sup> Lov om drift av apotek av 4. august 1909 (opphevet).

<sup>93</sup> Denne kompetanse var etter 1963-loven delegert til det daværende Sosial- og helsedepartementet.



En slik tillatelse kunne bare gis når ”særlige grunner” (jf. apotekloven av 1963 § 45.4) eller ”særlige forhold” (jf. apotekloven av 1909 § 7.4) gjorde det ønskelig.

De begrensninger sykehusapotekene hadde i forhold til salg til allmennheten etter apotekloven 1963 § 45 tredje og fjerde ledd kommenteres ikke nærmere i forarbeidene til denne loven. Slik jeg forstår dem, begrunner forarbeidene til lovendringen fra 1950 som endret apotekloven av 1909 § 7, begrensningen delvis ut fra konkurransemessige vurderinger i det ”hensynet til eksisterende publikumsapotek på stedet” ble tatt i betraktning.<sup>94</sup> Det er nærliggende å anta at det her tenkes på at sykehusapotekene kunne komme til å utkonkurrere de lokale privateide apotekene.

Forarbeidenes påstand om at den någjeldene apotl. § 6-1.3 er en videreføring av hovedtrekkene i den tidligere rettstilstand virker etter dette som en sannhet med betydelige modifikasjoner.<sup>95</sup> Omveltningen fra den tidligere ordningen med forbud med dispensasjonsadgang til en ordning med tillatelse med mulighet for begrensninger er ikke videre kommentert. Dette er noe oppsiktsvekkende særlig med tanke på at salg til allmennheten tidligere var betinget av at Kongen<sup>96</sup> fant at det forelå ”særlige grunner/forhold”. Det er betenkelig at den nye loven endrer en rettstilstand som delvis var basert på konkurransemessige hensyn, uten å vurdere konsekvensene av dette.

I forarbeidene til den nye loven er det er festet en kort og generell kommentar til bakgrunnen for departementets adgang til å nedlegge begrensninger: ”Omstendigheter som kan tale for å begrense sykehusapotekenes leveringsrett, kan være konkurransemessige

---

<sup>94</sup> Ot.prp. nr. 52 (1950) s. 6.

<sup>95</sup> I praksis var det slik at mange av sykehusapotekene ikke hadde adgang til å selge apotekvarer til publikum. Lovendringen kom som et ledd i en generell dreining mot at sykehusapotekene i økende grad fikk anledning til å selge apotekvarer til publikum. For en nærmere redegjørelse, se Refsum (2006) s. 113-122.

<sup>96</sup> Riktignok var denne kompetansen etter 1963-loven delegert til det daværende Sosial- og helsedepartementet, men det faktum at loven i utgangspunktet la myndigheten til Kongen gir en indikasjon på viktigheten av beslutningen, se i den forbindelse lovens forarbeider, Innstilling I fra komiteen til revisjon av apoteklovgivningen m.v. Trondheim 1958 s. 20.

hensyn, som er en aktuell problemstilling hvis apoteket på grunn av tett integrasjon med sykehuset blir skjult subsidiert av sykehuset, gjennom for eksempel bruk av tjenester, herunder personell, som underpriser eller ikke faktureres sykehusapoteket i det hele tatt.”<sup>97</sup> Det henvises til at en begrensning av sykehusapotekenes deltakelse på det åpne apotekmarkedet kan være rimelig siden sykehusapotekene kan ha visse praktiske fordeler ved å være samorganisert med sykehus. Det pekes på at slike fordeler kan tilføres apoteket i det skjulte. Det er mulig at dette kan være en aktuell problemstilling. Siden jeg ikke har funnet noen indikasjoner på at en slik praksis forekommer, vil ikke denne problemstillingen forfølges i denne sammenhengen.

Ettersom forarbeidene til apotekloven hadde sin opprinnelse før helseforetakreformen ble påbegynt er det naturlig at de ikke kommenterer de særlige spørsmålene som oppstår på bakgrunn av de fordelene sykehusapotekene oppnår ved organisering etter helseforetaksloven. Heller ikke helseforetakslovens forarbeider tar stilling til disse spørsmålene.<sup>98</sup> Det er betenkelig i seg selv at lovendringene som førte til at sykehusapotekene lettere kan selge apotekvarer til allmennheten, ikke har blitt nærmere kommentert i apoteklovens forarbeider. Videre er det betenkelig at de fordeler sykehusapotekene får gjennom organisering etter helseforetaksloven ikke har blitt nærmere kommentert i helseforetakslovens forarbeider.

---

<sup>97</sup> Ot.prp. nr. 29 (1998-1999) s. 148.

<sup>98</sup> Ot.prp. nr. 66 (2000-2001) og Innst. O. nr. 118 (2000-2001).

## **5 Reglene om offentlige anskaffelser**

Formålet med denne oppgaven er som nevnt, å vurdere organiseringen av de offentlige sykehusapotekene i lys av EØS-rettens regler. I det følgende skal sykehusapotekenes organisering vurderes i forhold til reglene om offentlige anskaffelser.

Fremstillingen er konsentrert rundt spørsmålet om reglene om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse ved sykehusenes innkjøp av legemidler fra sykehusapotekene. Offentlige sykehus må anses som "offentligrettslige organer" underlagt reglene om offentlige anskaffelser jf. offanskl. § 2 og foa. § 1-2. Sykehusene og sykehusapotekene er organisert som forskjellige rettssubjekter. Dette har, som den videre redegjørelse vil vise, konsekvenser for hvordan anskaffelsesreglene kommer til anvendelse.

Reglene om offentlige anskaffelser skal blant annet sørge for at det offentlige ikke tar utenforliggende hensyn ved inngåelsen av kontrakter ved å misbruke sin posisjon og kjøpekraft. Formålet med reglene jf. offanskl. § 1, er å "bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling." Videre skal allmennhetens tillit til hvordan offentlige anskaffelser foretas ivaretas.

Reglene om offentlige anskaffelser finnes primært i lov om offentlige anskaffelser og den tilhørende forskrift om offentlige anskaffelser. De fleste materielle reglene er å finne i forskriften. Disse er i all hovedsak gjennomføringer av EØS-regelverket om offentlige anskaffelser.<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> Se Sejersted m.fl. (2004) s. 624-625.

Før det foretas en konkret vurdering av om reglene om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse, gis en generell redegjørelse for hvordan sykehusene i praksis kjøper inn de apotekvarene de bruker i sin daglige drift under pkt. 5.1. Under pkt. 5.2 gis en nærmere karakteristikkk av disse reglene i forhold til anskaffelsesregelverket.

Under pkt. 5.3 og 5.4 vurderes to regelsett som fremstår som unntaksregler, i den forstand at dersom sykehusenes innkjøp faller inn under disse regelsettene, vil sykehusene ikke selv måtte anbudsutsette sine innkjøp av legemidler fra sykehusapotekene. Spørsmålet om sykehusapotekene kan regnes som innkjøpssentraler vurderes under pkt. 5.3. Spørsmålet om sykehusenes innkjøp fra sykehusapotekene kan anses som foretatt i egenregi drøftes under pkt. 5.4.

## 5.1 Generelt om sykehusenes innkjøp av apotekvarer

### 5.1.1 Begrepsforklaringer og avgrensninger

Apoteklovens legemiddelbegrep samsvarer med legemiddelovens (apotl. § 1-3.1 bokstav h). Legemiddeloven definerer begrepet ”legemidler” i § 2.1. Etter denne bestemmelsen er legemidler ”stoffer, droger og preparater som er bestemt til eller utgis for å brukes til å forebygge, lege eller lindre sykdom, sykdomssymptomer eller smerter, påvirke fysiologiske funksjoner hos mennesker eller dyr, eller til ved innvortes eller utvortes bruk å påvise sykdom.” Etter legemiddeloven § 2.2 kan Kongen gi nærmere forskrifter om hva som skal regnes som legemidler. Loven fastslår videre at forskriften kan bestemme at andre stoffer, droger eller preparater kan omfattes av legemiddelbegrepet selv om det aktuelle legemiddelet ikke faller inn under definisjonen i § 2.1.

Utover sitt salg av legemidler, selger sykehusapotekene andre alminnelige apotekvarer til sykehusene. Dette omfatter et bredt spekter av varer som sprøyter, kanyler mv. Dette vil i det følgende omtales som apotekvarer som ikke er legemidler. Apotekvarene som ikke er legemidler kan omsettes uavhengig av legemiddelovens og den tilhørende forskriftens

regler. Drøftelsen om reglene om offentlige anskaffelser vil konsentreres rundt sykehusenes innkjøp av legemidler. Avgrensningen er valgt for å gjøre fremstillingen mer oversiktlig. Under det neste punktet vil jeg imidlertid også knytte noen kommentarer til sykehusenes innkjøp av apotekvarer som ikke er legemidler. Ettersom kategoriseringen av de forskjellige varene bare i begrenset utstrekning har direkte betydning for de konkrete vurderingene som foretas, vil redegjørelsen i stor utstrekning kunne ha overføringsverdi til sykehusenes innkjøp av apotekvarer som ikke er legemidler fra sykehusapotekene.

### 5.1.2 Redegjørelse for sykehusenes innkjøp og ytterligere avgrensninger

Sykehus skal etter forskrift om legemiddelforsyning mv. ved sykehus og andre helseinstitusjoner<sup>100</sup> § 3 nr. 1 som hovedregel kjøpe inn legemidler fra apotek. Sykehusapotekenes primæroppgave er etter apotl. § 1-3.1 bokstav d å forsyne sykehusene med legemidler. I tillegg kjøper sykehusene som nevnt, også apotekvarer som ikke er legemidler fra sykehusapotekene. Sykehusapotekene er imidlertid ikke sykehusenes eneste leverandør av apotekvarer som ikke er legemidler. Helseforetakene har en egen innkjøpssentral uten tilknytning til sykehusapotekene, Helseforetakenes Innkjøpssentral AS (HINAS), som eies av de regionale helseforetakene i fellesskap. HINAS står primært for samordning av sykehusenes innkjøp av utstyr, forbruksmateriell og tjenester, og sørger i den forbindelse for at anskaffelsesreglene blir fulgt.<sup>101</sup> Sykehusene kjøper til en viss grad inn typiske apotekvarer som ikke er legemidler, som sprøyter, kanyler og insulinpumper gjennom HINAS.<sup>102</sup> Disse innkjøpene foretas uavhengig av sykehusapotekene og omfattes derfor ikke av fremstillingen i det videre.

---

<sup>100</sup> Forskrift om legemiddelforsyning mv. ved sykehus og andre helseinstitusjoner av 18. desember 2001 nr. 1576.

<sup>101</sup> Se [http://www.hinas.no/index.php?option=com\\_content&task=view&id=7&Itemid=13](http://www.hinas.no/index.php?option=com_content&task=view&id=7&Itemid=13) (hentedato: 3.9.2007).

<sup>102</sup> Sykehusene i alle helseregionene kjøper inn insulinpumper på bakgrunn av HINAS-samarbeidet, se [http://www.hinas.no/index.php?option=com\\_content&task=view&id=13&Itemid=16](http://www.hinas.no/index.php?option=com_content&task=view&id=13&Itemid=16) (hentedato: 6.9.2007). I helseregionene Nord og Midt-Norge kjøper sykehusene inn sprøyter og kanyler gjennom HINAS sine anbud,

Innkjøp av legemidler er som nevnt, underlagt spesielle regler, og krever en særlig faglig kompetanse. HINAS har ikke befatning med denne delen av forsyningen til sykehusene. Isteden har de regionale helseforetakene sammen med det daværende Sykehusapotekene ANS (nå Sykehusapotekene HF) innledet et samarbeid om legemiddelinnkjøp, Legemiddelinnkjøpssamarbeidet (LIS). LIS er organisatorisk samordnet med Sykehusapotekene HF, de ansatte i LIS er også ansatt Sykehusapotekene HF.<sup>103</sup> LIS finansieres av de regionale helseforetakene og helseforetakene i forhold til andel av avtaler som inngås av det enkelte helseforetak på bakgrunn av samarbeidet.<sup>104</sup> Samarbeidet er som navnet tilsier, primært konsentrert rundt innkjøp av legemidler, men står også til en viss grad for anbudsutsetting av andre apotekvarer.<sup>105</sup> LIS sørger for en effektivisering av sykehussektorens legemiddelinnkjøp, ved kollektiv anbudsutsetting av innkjøp.<sup>106</sup> I tillegg til LIS har sykehusapotekene etablert et eget innkjøpssamarbeid, Sykehusapotekenes Innkjøpssamarbeid (SIS). SIS driver i likehet med LIS med anbudsutsetting av innkjøp. Utover dette samarbeider LIS og SIS om å forhandle frem lavere priser på de legemidlene til sykehusene hvor innkjøpene ikke anbudsutsettes. SIS er et relativt nytt samarbeid basert på LIS-modellen. LIS er mer utbredt, og dermed mer praktisk viktig i denne sammenhengen. I det følgende vil fremstillingen derfor konsentreres omkring LIS. Ettersom SIS er basert på LIS vil den følgende redegjørelse kunne være aktuell for SIS.

LIS står ikke selv for innkjøp av legemidler, og har heller ikke rettslig adgang til å gjøre dette. Isteden fremforhandler samarbeidet en stadig økende andel av vilkårene for avtalene som ligger til grunn for sykehusenes legemiddelforbruk. Konkret informasjon om LIS-

---

se [http://www.hinas.no/index.php?option=com\\_content&task=view&id=22&Itemid=26](http://www.hinas.no/index.php?option=com_content&task=view&id=22&Itemid=26) (hentedato: 6.9.2007).

<sup>103</sup> Se Samarbeidsavtale vedrørende legemiddelinnkjøp pkt. 6. Denne er tilgjengelig på: <http://www.lisnorway.no/sider/tekst.asp?side=1&meny=Om%20oss&undermeny=true> (hentedato: 27.11.2007).

<sup>104</sup> Ibid. pkt. 7.

<sup>105</sup> Ibid. pkt. 2.

<sup>106</sup> L.c.

avtalenes omfang er ikke lett tilgjengelig. På bakgrunn av informasjon fra forskjellige kilder kan det anslås at innkjøpssamarbeidets anbud skaper forsyningsgrunnlaget for rundt 70 % til 82 % av alt legemiddelforbruk ved de offentlig eide sykehusene i Norge.<sup>107</sup>

Tre forskjellige grupper aktører kan slutte avtaler med grossist og leverandør på bakgrunn av LIS. Et stort antall av avtalene inngås av sykehusapotekene, utover dette inngår private apotek og sykehusene selv til en viss grad slike avtaler.

I praksis inngås flesteparten av LIS-avtalene av sykehusapotek.<sup>108</sup> Det er sykehusapotekenes videresalg til sykehusene basert på disse innkjøpene som er mest relevante for denne fremstillingen. Ettersom sykehusapotekene ikke forsyner alle sykehusene med legemidler, spiller private apotek likevel en ikke helt ubetydelig rolle. Det finnes sykehus som får mesteparten av de legemidlene de bruker i sin daglige drift via private apotek. Helgelandssykehuset HF i helseregion nord får eksempelvis sine legemidler levert fra privat apotek på bakgrunn av LIS-avtalene.<sup>109</sup> Ettersom sykehusenes innkjøp av legemidler fra private apotek ikke involverer sykehusapotekene direkte, faller dette utenfor rammen av denne fremstillingen, og vil ikke bli behandlet nærmere i det følgende.

---

<sup>107</sup> Nettavisen Helserevyen online oppgav den 12.4.2007 andelen til "cirka 82 prosent", se <http://www.helserevyen.no/index2.asp?newsid=5117> (hentedato: 6.1.2008). I brev fra Tor-Arne Haug, Direktør for forretningsutvikling i Helse Nord RHF til undertegnede av 6.8.2007 får jeg opplyst at andelen er "Rundt 70 %".

<sup>108</sup> Denne opplysningen er basert på e-post fra Per T. Lund, Administrerende Direktør for Sykehusapotekene ANS og styreleder i LIS til undertegnede av 4.9.2007. Utover at det er sykehusapotekene som inngår de fleste LIS-avtalene har jeg ikke fått tilgang på mer konkret informasjon om de faktiske forhold.

<sup>109</sup> Basert på informasjon i brev til undertegnede av 6.8.2007 fra Tor-Arne Haug, Direktør for forretningsutvikling i Helse Nord RHF.

Etter legemiddeloven § 15.3 med tilhørende forskrift, har sykehusene selv en begrenset adgang til å kjøpe inn legemidler.<sup>110</sup> Dette gjøres til en viss grad gjennom LIS-avtalene. I praksis er sykehusenes direkteinnkjøp stort sett begrenset til innkjøp av infusjonsvæsker.<sup>111</sup> Sykehusenes direkteinnkjøp utgjør i praksis under 10 % av totalomsetningen av kontraktene som inngås på bakgrunn av LIS-avtalene.<sup>112</sup> Ettersom sykehusenes direkteinnkjøp av legemidler basert på LIS-avtaler ikke direkte involverer sykehusapotek, faller slike innkjøp utenfor rammen av det som er tema for denne fremstillingen.

De resterende rundt 18 % til 30 %<sup>113</sup> av sykehusenes legemiddelforbruk som ikke kjøpes inn på bakgrunn av LIS, tilføres sykehusene primært fra sykehusapotek.<sup>114</sup> Disse transaksjonene omfattes av den videre drøftelse.

## 5.2 Nærmere karakteristikk av innkjøpene i forhold til anskaffelsesregelverket

I det følgende vurderes sykehusenes innkjøp av legemidler fra sykehusapotek i forhold til reglene om offentlige anskaffelser.

Innledningsvis kan det gjentas at offentlige sykehus må anses som ”offentlige organer” underlagt reglene om offentlige anskaffelser jf. offanskl. § 2 og foa. § 1-2.

Etter foa. § 1-3.1 kommer forskriften til anvendelse på tildeling av offentlige ”kontrakter” om levering av varer. Når innkjøp ikke foretas på bakgrunn av en kontrakt, kommer ikke reglene til anvendelse. Et spørsmål som kan oppstilles er om sykehusenes innkjøp fra

---

<sup>110</sup> Forskrift om grossistvirksomhet med legemidler av 21. desember 1993 nr. 1219 § 13.1 nr. 7 bestemmer at grossister kan selge et begrenset utvalg legemidler til sykehus. Utvalget bestemmes av Statens legemiddelverk etter retningslinjer fra Helse- og omsorgsdepartementet.

<sup>111</sup> Dette er basert på informasjon fått via e-post fra Per T. Lund, Administrerende Direktør for Sykehusapotekene ANS og styreleder i LIS til undertegnede av 4.9.2007.

<sup>112</sup> L.c.

<sup>113</sup> Dette følger motsetningsvis av tallene som ble presentert over.

<sup>114</sup> I forhold til dette har det også vanskelig latt seg gjøre å få tak i konkrete tall.



sykehusapotekene i det hele tatt kan anses som foretatt på bakgrunn av ”kontrakter”. Sykehusene og sykehusapotekene i en helseregion er eid av samme regionale helseforetak, og er organisert i samme helseforetaksgruppe. I forhold til konkurransereglene har Konkurransetilsynet hevdet at et enkelt RHF med sine underliggende helseforetak ofte vil utgjøre én ”økonomisk enhet”,<sup>115</sup> og at helseforetakenes opptreden ofte ikke vil kunne anses som basert på ”avtaler mellom foretak” etter konkurranselovens § 10. Man kan tenke seg at transaksjoner mellom sykehusforetak og apotekforetak innen samme helseregion skulle unntas reglene om offentlige anskaffelser etter lignende betraktninger. Perspektivet ville være at transaksjonene ikke utgjør ”kontrakter”, men snarere transaksjoner innen én økonomisk enhet. I motsetning til konkurransereglene opererer ikke anskaffelsesregelverket med et begrep som tilsvarende det som må kunne karakteriseres som et funksjonelt begrep om en ”økonomisk enhet”.<sup>116</sup> I forhold til anskaffelsesreglene må mer formelle synspunkter legges til grunn. Etter foa. § 4-1 bokstav a er en ”kontrakt” en ”gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører”. Sykehusene må regnes som offentlige oppdragsgivere, sykehusapotekene må regnes som leverandører. Legemiddelsalget dem imellom foretas på bakgrunn av gjensidig tyngende skriftlige avtaler der sykehusene forpliktes til å betale en pris som innebærer at sykehusapotekene tar maksimal tillatt avanse på salget av legemidlene. Selv om transaksjonene foretas innenfor ett konsern må de på bakgrunn av definisjonen i anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav a karakteriseres som ”kontrakter”.<sup>117</sup>

Forskjellige regelsett regulerer forskjellige typer offentlige anskaffelser. Det eksisterer for eksempel en særregel om eksklusive tjenestekontrakter i foa. § 1-3.2 bokstav h som begrenser regelverkets anvendelse. Dette er bare ett av mange eksempler på at forskjellige regler regulerer forskjellige typer kontrakter innen anskaffelsesregelverket. På bakgrunn av

---

<sup>115</sup> Se Konkurransetilsynets avgjørelse A2005-21 av 15. juni 2005

<sup>116</sup> Se Kolstad/Ryssdal (2007) s. 250-253 for en nærmere redegjørelse for det konkurranserettslige begrep.

<sup>117</sup> Se sak C-84/03, Kommisjonen mot Spania, Saml. 2005 s. I-139 premissene 37-40 for en lignende vurdering.

dette er det nødvendig å nærmere kategorisere avtalene som danner grunnlaget for sykehusapotekenes salg av legemidler til sykehusene.

Legemiddelsalget foregår ikke på bakgrunn av en helt homogen type kontrakter. Størsteparten av avtalene dreier seg likevel om en relativt likeartet gruppe avtaler som innebærer at sykehusapotekene videreselger legemidler fra grossist eller leverandør. En mindre del av salget omfatter legemidler sykehusapotekene selv har produsert. For å kunne anvende anskaffelsesreglene må hver enkelt avtale i prinsippet nærmere avgrenses, og vurderes konkret for å kunne fastslå om det for eksempel dreier seg om en vare- eller tjenestekontrakt.

I den følgende gjennomgang legges det til grunn at de fleste avtalene om sykehusenes kjøp av legemidler fra sykehusapotekene er varekontrakter.<sup>118</sup> Bakgrunnen for dette er følgende. Anskaffelsesforskriften definerer varekontrakter i § 4-1 bokstav b. Etter bestemmelsen er det klart at en kontrakt ikke mister sin karakter av å være en varekontrakt ved at det foretas ”monterings- og installasjonsarbeid”, dette medfører at selv om sykehusapotekene til dels tilbyr en rekke tjenester for eksempel i forbindelse med levering av legemidlene med videre, vil kontraktene fremdeles kunne karakteriseres som alminnelige varekontrakter. Sykehusapotekene foretar diverse tilpasninger som endosering og andre former for ompakning av legemidlene. Videre oppbevarer sykehusapotekene legemidler på lager på vegne av sykehusene og driver utstrakt rådgivningsvirksomhet. Til tross for denne til dels omfattende virksomheten, legges det til grunn at verdien av disse tjenestene sjelden vil overstige verdien av de ofte meget kostbare legemidlene som leveres fra grossist og leverandør. Derfor vil salget, etter prinsippet i § 2-4.1, oftest bære preg av varesalg.

Rent unntaksvis vil tjenesteelementet i en enkelt kontrakt kunne være av større verdi enn vareelementet. Dette vil for eksempel kunne være tilfellet der sykehusapotekene produserer legemidler for sykehusene. Dersom disse avtalene må karakteriseres som tjenesteavtaler,

---

<sup>118</sup> Dette er i samsvar med Riksrevisjonens betraktninger, se Riksrevisjonens rapport om den årlige revisjon og kontroll for budsjettåret 2004, Dokument nr. 1 (2005-2006) s. 56.

vil disse derfor følge de reglene som gjelder for disse typer avtaler. Dette vil ikke nødvendigvis lede til et annet resultat, i forhold til om transaksjonene dem imellom omfattes av reglene om offentlige anskaffelser, men det vil være nyanser på grunn av forskjeller i reglene som kan gjøre at avtalene må behandles på en annen måte enn de ville blitt dersom de skulle vurderes etter de reglene som gjelder for varekontrakter. Fremstillingen i det videre omfatter ikke de avtaler som eventuelt vil måtte karakteriseres som tjenesteavtaler.

Utover de avtalene som har et element av varesalg inngår sykehusapotekene til en viss grad en del "rene" tjenesteavtaler med sykehusene som ikke er direkte knyttet til salg av apotekvarer. Et eksempel er avtaler om farmasøytisk tilsyn.<sup>119</sup> For ordens skyld presiseres at denne fremstillingen ikke konsentreres om disse aktivitetene.<sup>120</sup>

For ordens skyld skal det nevnes at fremstillingen er aktuell for anskaffelser hvis verdi overstiger anskaffelsesforskriftens regler om terskelverdier i dens kapittel 2.

### 5.3 Sykehusapotek som innkjøpssentral?

Etter foa. § 3-13 jf. § 4-1 bokstav g vil en oppdragsgiver ved å kjøpe varer og tjenester gjennom en innkjøpssentral, tilfredsstille reglene om offentlige anskaffelser, så lenge innkjøpssentralen selv har tilfredsstilt reglene ved sine innkjøp. Oppdragsgiveren trenger med andre ord ikke selv gjennomføre anbudsprosess i forbindelse med sine egne innkjøp, så lenge innkjøpssentralen gjør dette på vegne av oppdragsgiveren. Bestemmelsene i

---

<sup>119</sup> Se Refsum (2006) s. 207.

<sup>120</sup> Det gjelder lignende regler for anskaffelse av tjenester som for varer. Likevel er det som nevnt, en del forskjeller i reguleringen av disse typene anskaffelser. Videre er det en del faktiske forskjeller mellom sykehusenes anskaffelser av varer og tjenester som gjør at det ikke er hensiktsmessig å behandle disse under ett. Rent verdimessig legger utgjør sykehusenes anskaffelser av "rene" tjenester en forholdsmessig liten del av sykehusapotekenes omsetning. Derfor rettes fokus mot vareanskaffelsene.

anskaffelsesforskriften er basert på tilsvarende bestemmelser i EF-rettens anskaffelsesdirektiv<sup>121</sup> art. 11 nr. 2 jf. art. 1 nr. 10.

Bakgrunnen for at regelen oppstilles er at reglene om offentlige anskaffelser i minst mulig grad søker å påvirke organiseringen av statsforvaltningen. Det er ønskelig at det offentlige skal kunne organisere sin innkjøpsvirksomhet på den måte det offentlige selv finner hensiktsmessig. Så langt et innkjøpsregime ivaretar alle de relevante hensynene som hviler bak de aktuelle reglene om offentlige anskaffelser, bør innkjøpsregimet anses for å være i overensstemmelse med regelverket. Når innkjøp foretas gjennom en innkjøpssentral som legger innkjøpene ut på anbud, vil dette som regel være tilstrekkelig for å ivareta de hensyn reglene om offentlige anskaffelser søker å ivareta. Innkjøp gjennom en slik sentral kan til og med være mer hensiktsmessig, ved at det kan øke konkurransen og forenkle offentlige innkjøp.<sup>122</sup>

Spørsmålet i det følgende er om sykehusapotekene kan anses som slike innkjøpssentraler. Kan de det, vil sykehusforetakenes innkjøp av apotekvarer fra apotekforetakene være i overensstemmelse med reglene om offentlige anskaffelser så langt apotekforetakenes innkjøp er det. Det presiseres for ordens skyld at det i den videre fremstilling forutsettes at sykehusapotekenes egne innkjøp av legemidler er i overensstemmelse med reglene om offentlige anskaffelser.

Anskaffelsesforskriften definerer begrepet ”innkjøpssentral” i § 4-1 bokstav g. Etter definisjonen er en innkjøpssentral en ”oppdragsgiver som anskaffer varer eller tjenester ment for andre oppdragsgivere, eller tildeler offentlige kontrakter eller inngår rammeavtaler for varer, tjenester eller bygg- og anlegg for offentlige oppdragsgivere.”

---

<sup>121</sup> Se EU-tidende 2004 nr. L 134 s. 114-240, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF av 31.3.2004 ”om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelsesktrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter”.

<sup>122</sup> Ibid. fortalens avsnitt 15.

### 5.3.1 Sykehusapotekene som "offentligrettslig organ"

For å kunne regnes som innkjøpssentral må sykehusapotekene kunne regnes som "oppdragsgiver". En "oppdragsgiver" må forstås som en offentlig oppdragsgiver (jf. foa. § 1-2, se også offanskl. § 2).<sup>123</sup> Innledningsvis ble det uten videre lagt til grunn at *sykehusene* organisert som helseforetak må regnes som offentlige oppdragsgivere som omfattes av anskaffelsesregelverket. Hvorvidt *sykehusapotekene* omfattes av regelverket er imidlertid ikke like åpenbart.

Ettersom sykehusapotekene er skilt ut fra statsforvaltningen som egne rettssubjekter, og dermed ikke kan regnes som "statlige", "kommunale" eller "fylkeskommunale myndigheter", vil de bare omfattes av regelverket dersom de kan regnes som "offentligrettslige organer" (offanskl. § 2.1).<sup>124</sup> I foa. § 1-2.1 er begrepet "offentligrettslig organ" nærmere definert. Det oppstilles tre kriterier som alle må være oppfylt for at sykehusapotekene skal kunne regnes som "offentligrettslig organ". For det første er det et vilkår at sykehusapotekene "tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter" (foa. § 1-2.2 bokstav a), for det annet at sykehusapotekene "er et selvstendig rettssubjekt" (bokstav b) og for det tredje at "hovedsak er finansiert av myndigheter eller organer som nevnt i første ledd, eller hvis forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers kontroll, eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer" (bokstav c).

Ettersom sykehusapotekene er egne rettssubjekter under sterk statlig kontroll kan det uten videre drøftelse legges til grunn at de to sistnevnte vilkårene er oppfylt. Oppfyllelsen av det første vilkåret, som innebærer at sykehusapotekenes virksomhet må tjene "allmennhetens behov" og ikke være "av industriell eller forretningsmessig karakter" (foa. § 1-2.2 bokstav a) kan imidlertid volde noe tvil.

---

<sup>123</sup> Se Fabricius/Offertsen (2006) s. 110 om den tilsvarende bestemmelsen i EF-direktivet.

<sup>124</sup> Se Dragsten/Lindalen (2005) s. 92.

Omstendigheten som gjør at oppfyllelsen av vilkåret kan volde noe tvil er sykehusapotekenes markedsdeltakelse. Som det fremgår av den følgende drøftelsen under pkt. 5.3.2 skaper også sykehusapotekenes markedsdeltakelse tvil om hvorvidt sykehusapotekene i det hele tatt kan fungere som innkjøpssentraler. Ettersom konklusjonen under den følgende drøftelse går ut på at sykehusapotekene ikke kan opptre som en markedsaktør og samtidig fungere som en innkjøpssentral, er det ikke nødvendig å vurdere hvorvidt sykehusapotekene kan karakteriseres som et "offentligrettslig organ". Den videre drøftelse må imidlertid leses med den forutsetning at sykehusapotekene kan karakteriseres som et "offentligrettslig organ". Det er verdt å nevne at sykehusapotekene i praksis følger anskaffelsesreglene.

### 5.3.2 Vurdering av de rettslige rammene for innkjøpssentralers aktivitet

Etter definisjonen av innkjøpssentral i foa. § 4-1.1 bokstav g eksisterer to alternative typer innkjøpssentraler. Sykehusapotekene kan tilsynelatende best passe inn i den første kategorien som en "oppdragsgiver som anskaffer varer eller tjenester for andre oppdragsgivere".

Denne karakteristikken er derimot ikke dekkende for hele spekteret av sykehusapotekenes aktivitet. Riktignok anskaffer sykehusapotekene varer for sykehusene, men utover dette produserer sykehusapotekene selv en del varer som selges videre til sykehusene. Videre tilbyr sykehusapotekene en rekke av sine egne tjenester til sykehusene. Dette går utover det en innkjøpssentral gjør etter ordlyden i definisjonen i foa. § 4-1 bokstav g. Kontraktene som inngås om salg av de legemidlene sykehusapotekene produserer selv, og de tjenestene disse tilbyr kan derfor ikke unntas regelverket om offentlige anskaffelser på bakgrunn av innkjøpssentralregelen.<sup>125</sup>

---

<sup>125</sup> Se også Arrowsmith (2005) s. 402.

Videre er det uklart hvorvidt sykehusapotekene kan pakke om legemidlene de selger, og yte andre tjenester i forbindelse med salget, og fortsatt kunne regnes som en innkjøpssentral. Sue Arrowsmith, Professor of Public Procurement Law ved Universitetet i Nottingham, argumenterer for at regelen ikke må tolkes for strengt i denne sammenheng: "The provision should probably be interpreted in a flexible way, to allow provision with the procuring entity's resources of any services that are reasonably incidental to the supply by way of resale or, at the very least, any services normally provided by a seller of goods of that kind under a contract sale."<sup>126</sup> Denne løsningen er etter mitt skjønn en hensiktsmessig løsning. Skulle en strengere norm bli lagt til grunn ville dette i relativt stor grad begrenset innkjøpssentralregelens anvendelsesområde, uten at vektige hensyn skulle tale for en slik snever tolkning. Dette taler for at sykehusapotekenes ompakning av legemidler mv. ikke skal utelukke at sykehusapotekene skal kunne regnes som innkjøpssentraler.

Det aktuelle alternativet i foa. § 4-1 bokstav g omtaler som nevnt, en innkjøpssentral som en "oppdragsgiver som anskaffer varer eller tjenester ment for andre oppdragsgivere". Sykehusapotekenes kundekrets er ikke begrenset til andre offentlige oppdragsgivere. De selger varer til den øvrige allmennhet, og fungerer dermed til dels som en vanlig markedsaktør. Sykehusapotekene har med andre ord en langt videre krets av kunder enn det definisjonen eksplisitt forutsetter. Spørsmålet som skal vurderes i det følgende er om dette utelukker at sykehusapotekene skal kunne regnes som innkjøpssentraler.

Arrowsmith trekker frem at innkjøpssentralbegrepet kan tolkes slik at det vil utelukke oppdragsgivere som også selger til private: "It is less clear how the definition applies to bodies that also carry out activities for clients who are not "contracting authorities" – for example, by acquiring goods to resell to private utilities or other private firms. The fact that Art.1(10) refers to bodies that acquire goods and services "intended for" contracting authorities, might indicate that the definition of central purchasing body does not apply when the body carries out these activities predominantly or even partly for private entities.

---

<sup>126</sup> Ibid. s. 402-403

Such an interpretation is supported by the fact that recital 15 refers to providing for a Community definition of central purchasing bodies “*dedicated to contracting authorities*” (emphasis added).<sup>127</sup> Som det går frem av Arrowsmiths redegjørelse kan også ordlyden i fortalen til anskaffelsesdirektivet, som i den danske utgaven lyder slik: ”til brug for de ordregivende myndigheder”<sup>128</sup> tale mot at en oppdragsgiver som selger varer til andre enn offentlige oppdragsgivere skal kunne regnes som innkjøpssentral. Spørsmålet er om forskriftens definisjon av ”innkjøpssentral” i § 4-1 bokstav g uttømmende regulerer hva slags virksomhet en innkjøpssentral kan beskjeftige seg med.

Rettsvirkningen av at en enhet regnes som en innkjøpssentral er som nevnt at transaksjonen mellom innkjøpssentralen og den myndighet innkjøpssentralen selger til ikke behøver å anbudsutsettes (foa. § 3-13). Ettersom slike transaksjoner dermed vil unntas anskaffelsesregelverket på et generelt grunnlag, bør man utvise forsiktighet ved tolkningen av regelen slik at den ikke får en større rekkevidde enn de reelle hensyn som begrunner dens eksistens taler for. Ved en for liberal anvendelse av regelen ville man kunne risikere at regelen vil omfatte ordninger som ikke burde omfattes, ettersom konsekvensen ville kunne bli at hensynet til økt konkurranse som foa. § 3-13 er ment å ivareta kunne bli motarbeidet.

På denne bakgrunn er det et naturlig utgangspunkt at en innkjøpssentral ikke skal kunne drive med salg til andre enn det offentlige. En annen ordning ville kunne bidra til å skade konkurransen på markedet, ved at innkjøpssentralene kunne opptrådt i konkurranse med andre, og ved å være sikret kontrakter fra sine offentlige oppdragsgivere, fått en fordel i forhold til sine konkurrenter.

Potensielle skadevirkninger i forhold til det norske apotekmarkedet kan illustreres nærmere med følgende eksempel. Sykehusene kjøper inn legemidler fra sykehusapotekene på

---

<sup>127</sup> Ibid. s. 405.

<sup>128</sup> Se EU-tidende 2004 nr. L 134 s. 114-240, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF av 31.3.2004 ”om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter” fortalens avsnitt 15.



bakgrunn av en LIS-avtale. Sykehusapotekene selger legemidlene videre til sykehusene med maksimal tillatt avanse. Hadde sykehusapotekene utelukkende solgt varer til sykehusene ville det ikke oppstått særlige problemer i denne sammenheng, men sykehusapotekene selger også varer til den øvrige allmennhet. Disse varene er riktignok ikke innkjøpt på bakgrunn av LIS-avtalene, så de forskjellige aktivitetene holdes til en viss grad atskilt. Problemet er imidlertid at sykehusapotekene gjennom videresalg av legemidler innkjøpt gjennom LIS-avtalene er garantert en inntekt ved at de er sikret salg til sykehusene som kjøper inn store kvanta, og at sykehusapotekene tar maksimal avanse ved disse salgene. Dette overskuddet vil kunne ha en krysssubsidierende effekt i den forstand at sykehusapotekene kan nyttiggjøre seg overskuddet fra videresalget til sykehusene i de deler av sin virksomhet der de i større grad opptre i konkurranse med resten av aktørene på apotekmarkedet.

Ved siden av å forenkle offentlige innkjøp er begrunnelsen for regler om innkjøpssentraler at disse kan bidra til å øke konkurransen. Dette kommenteres i fortalen til anskaffelsesdirektivet: ”På grund af de store mængder, der indkøbes, vil disse teknikker bidrage til at øge konkurrencen og forenkle de offentliges indkøb.”<sup>129</sup> Etter det overnevnte er det klart at det er knyttet betenkeligheter i forbindelse med å tillate at innkjøpssentraler skal kunne operere som alminnelige markedsaktører, i hvert fall ikke uten at det oppstilles visse begrensninger i forhold til eventuell alminnelig markedsdeltakelse. Dette vil typisk kunne motvirke formålet om økt konkurranse som i første omgang begrunner regelen om innkjøpssentraler. Det er ikke uten videre åpenbart at en ordregivende myndighet skal kunne drive med andre aktiviteter enn det definisjonen av en innkjøpssentral legger opp til, og fremdeles kunne regnes som en innkjøpssentral. Hvis så var tilfelle ville dette i prinsippet ville kunne lede til at alle oppdragsgivere som omfattes av anskaffelsesregelverket og som videreselger varer innkjøpt etter en lovlig anbudsprosess til andre oppdragsgivere ville kunne fungere som innkjøpssentraler.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> L.c.

<sup>130</sup> Se i denne forbindelse Fabricius/Offersen (2006) s. 110, som argumenterer for at en for vid tolkning av den tilsvarende regelen om innkjøpssentraler i anskaffelsesdirektivet i teorien vil kunne føre til at ”leveranser

I vårt konkrete tilfelle foreligger det som nevnt konkrete forhold som taler mot at sykehusapotekene skal kunne anses som en innkjøpssentral i forhold til sykehusene. Å karakterisere sykehusapotekene som innkjøpssentraler vil kunne stride mot de hensynene som begrunner unntaket om innkjøpssentraler.

Arrowsmith mener på den annen side, at innkjøpssentralregelen ikke bør tolkes slik at den ikke kan komme til anvendelse der oppdragsgiveren selger varer til andre enn offentlige oppdragsgivere: "It ought, however, be possible to use the provision even for bodies that carry out some activities for the private sector or utilities; not to allow this will inhibit the useful co-operation between entities in the different sectors."<sup>131</sup> Hun mener tilsynelatende at andre regelsett er bedre egnet til å motvirke uheldige virkninger for konkurransen på markedet: "Any problems that such arrangements may present from a competition law perspective should be dealt with through more targeted measures of competition law."<sup>132</sup> Det er mulig at konkurransereglene generelt sett er bedre egnet for å motvirke slike uheldige virkninger for konkurransen. Likevel er det, utover slike rimelighetsbetraktninger som Arrowsmith peker på, få holdepunkter for at dette er løsningen direktivet legger opp til. Ordlyden i bestemmelsene og EF-direktivets fortale trekker som nevnt i retning av at innkjøpssentralen ikke helt eller delvis skal kunne fungere som en alminnelig markedsaktør. Regelens formål kan som nevnt også tale mot denne løsningen.

Arrowsmith har ikke uttrykkelig vurdert spørsmålet i forhold til regelen om egenregi. Forfatterne Fabricius og Offersen legger følgende til grunn om forholdet mellom disse reglene: "Det er imidlertid ingen holdepunkter for, at man med reglene om indkøbscentraler generelt har ønsket at fravige det princip, som EF-domstolen fastslog i

---

mellem ordregivende myndigheder altid er undtaget fra udbudsreglerne, så længe den ordregivende myndighed, der leverer til en anden ordregivende myndighed, blot har overholdt udbudsreglerne."

<sup>131</sup> Arrowsmith (2005) s. 405.

<sup>132</sup> L.c.

Teckal-sagen.”<sup>133</sup> *Teckal-saken*<sup>134</sup> dreide seg om spørsmålet om egenregi. Det er ikke holdepunkter for at innkjøpssentralregelen var forutsatt å endre rettstilstanden etter egenregiregelen. Dersom dette hadde vært intensjonen, ville det vært naturlig med en nærmere drøftelse av dette i forbindelse med utformingen av regelen, ettersom en vid tolkning av regelen om innkjøpssentraler dramatisk vil kunne begrense egenregiregelens anvendelsesområde. Anskaffelsesforskriftens og direktivets ordlyd samt formålet med regelen, taler som nevnt, mot at en virksomhet som selger til allmennheten skal kunne karakteriseres som en innkjøpssentral.

### 5.3.3 Oppsummering og konklusjon

Ordlyden i anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav g taler mot at en oppdragsgiver kan selge varer til allmennheten og fremdeles kunne regnes som en innkjøpssentral. Det samme gjør ordlyden i den tilsvarende bestemmelsen i art. 1 (10) i anskaffelsesdirektivet, samt formuleringen i pkt. 15 i direktivets fortale. Hensynet til økt konkurranse, som begrunner regelen om innkjøpssentraler, kan videre tale mot at disse helt eller delvis skal kunne fungere som en markedsaktør ved å selge varer til allmennheten. Det faktum at det ikke er holdepunkter for å fastslå at det med innkjøpssentralregelen var tilsiktet å sterkt modifisere egenregiregelen, taler mot at en enhet som fritt selger til allmennheten skal kunne karakteriseres som en innkjøpssentral i anskaffelsesforskriftens forstand.

Konsekvensen av dette er at sykehusapotekenes salg av legemidler til sykehusene *ikke* kan unntas reglene om offentlige anskaffelser på bakgrunn av at sykehusapotek anses som innkjøpssentraler ved sine innkjøp og videresalg av legemidler til sykehusene.

---

<sup>133</sup> Se Fabricius/Offersen (2006) s. 110.

<sup>134</sup> Sak C-107/98, *Teckal Srl mot Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, Saml. 1999 s. I-812. Dommen kommenteres nærmere under pkt. 5.4.

## 5.4 Egenregi - innledning

I det følgende vurderes hvorvidt sykehusenes innkjøp av legemidler fra sykehusapotekene faller utenfor reglene om offentlige anskaffelser på bakgrunn av at innkjøpene omfattes av unntaksregelen om egenregi.

Egenregiregelen kan anses som en presisering av det faktum at anskaffelsesreglene bare kommer til anvendelse der det foreligger en kontrakt. I utgangspunktet aktualiseres regelen om egenregi når en oppdragsgiver fremskaffer en vare fra en enhet innenfor sin egen juridiske person, istedenfor å foreta en ekstern anskaffelse. I disse tilfellene er det, som den klare hovedregel, ikke tvilsomt at en oppdragsgiver ikke trenger å følge anskaffelsesreglene, ettersom det ikke foreligger noen kontrakt mellom to forskjellige rettssubjekter.<sup>135</sup>

Regelen har imidlertid et videre anvendelsesområde. I visse tilfelle vil egenregiregelen kunne unnta transaksjoner mellom to forskjellige rettssubjekter fra anskaffelsesreglenes anvendelsesområde, selv i de tilfelle der disse transaksjonene finner sted på bakgrunn av det som i anskaffelsesreglenes forstand er en kontrakt. I denne forstand vil egenregiregelen

---

<sup>135</sup> I Danmark og Norge er det en viss uenighet om hvorvidt alle transaksjoner innen staten, som i begge land anses som ett rettssubjekt, kan anses som utført i egenregi. I Fornyings- og administrasjonsdepartementets "Rettleiar til reglane om offentlege anskaffingar", tilgjengelig på:

[http://www.regjeringen.no/upload/kilde/fad/bro/2006/0006/ddd/pdfv/303631-veileder\\_off\\_ansk\\_nyn.pdf](http://www.regjeringen.no/upload/kilde/fad/bro/2006/0006/ddd/pdfv/303631-veileder_off_ansk_nyn.pdf)

(hentedato: 6.11.2007) gis det uttrykk for at alle anskaffelser innenfor statens juridiske person kan utføres i egenregi (s. 36). I Danmark er imidlertid konkurransemyndighetenes syn at bare anskaffelser innenfor et ministerområde kan utføres i egenregi, se "Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne" s. 30, tilgjengelig på: <http://www.ks.dk/udbud/vejledning/konkurrencestyrelsens-vejledning-til-udbudsdirektiverne-2006/konkurrencestyrelsens-vejledning-til-udbudsdirektiverne-2006-pdf-format-2523-kb/>

(hentedato: 6.11.2007). Det norske standpunktet begrunnes tilsynelatende med en formell betraktning om at staten er en juridisk person, og at transaksjoner innad i en juridisk person ikke kan regnes som avtaler mellom forskjellige rettssubjekter. Det danske standpunktet begrunnes tilsynelatende med at selv om staten må anses som en juridisk person i andre sammenhenger, må de enkelte ministerområder anses som juridiske personer i forhold til anskaffelsesreglene, ettersom det bare er de institusjoner som sorterer under ministeren som er under ministerens instruksjonsmyndighet.

fremstå som et unntak fra den alminnelige regel om at reglene om offentlige anskaffelser skal komme til anvendelse i disse tilfellene.

Det klare utgangspunkt er imidlertid at anskaffelsesreglene kommer til anvendelse ved transaksjoner mellom en oppdragsgiver og en leverandør som er organisert som forskjellige rettssubjekter. Dette utgangspunktet modifiseres når konkrete forhold tilsier at de transaksjoner som foretas ikke egentlig kan anses som reelle kontrakter, slik at disse må omfattes av egenregiregelen på linje med transaksjoner som foretas innen ett rettssubjekt.<sup>136</sup>

I lov om offentlig anskaffelse og tilhørende forskrift finnes det ingen avgrensning av når ett rettssubjekts innkjøp av varer fra andre rettssubjekter kan anses for foretatt i egenregi. En slik avgrensning finnes heller ikke direkte i EØS-avtalen eller tilhørende direktiver. Grensen har blitt trukket opp gjennom EF-domstolens rettspraksis. I *Teckal*-avgjørelsen fastslo EF-domstolen at to vilkår må være oppfylt for at transaksjoner mellom to rettssubjekter skal kunne anses som utført i egenregi.<sup>137</sup> For det første må oppdragsgiveren ha en kontroll over leverandøren som tilsvarer den kontrollen den har over sin egen virksomhet. For det andre må leverandøren utføre den vesentligste delen av sine aktiviteter med, eller for, den kontrollerende oppdragsgiveren, det såkalte omsetningskriteriet. Dette har, som det fremgår av den videre drøftelse, blitt fulgt opp i en rekke senere avgjørelser.

Utover at en målsetting om likebehandling gjør at det er hensiktsmessig å likestille disse tilfellene med tilfeller der det formelt ikke foreligger en kontrakt mellom to forskjellige rettssubjekter, kan en annen begrunnelse for denne utvidede anvendelsen av regelen være at EØS-reglene søker å være nøytrale i forhold til hvordan det offentlige organiserer sin virksomhet. Regelen bidrar til en viss grad til likebehandling av offentlig virksomhet

---

<sup>136</sup> Se Generaladvokat Légers forslag til avgjørelse i sak C-94/99, ARGE Gewässerschutz mot Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Saml. 2000 s. I-11037 pkt. 59.

<sup>137</sup> Sak C-107/98, Teckal Srl mot Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, Saml. 1999 s. I-8121, premiss 50.

organisert som ett stort rettssubjekt, typisk staten som juridisk person, med virksomhet som er organisert i mer konsernlignende former med separate mor- og datterselskap.

I det følgende vurderes sykehusapotekenes salg av apotekvarer til sykehusforetakene i forhold til de to kumulative kriteriene om kontroll og omsetning.

#### 5.4.1 Kontrollkriteriet

Spørsmålet under dette punktet er om sykehus har en tilstrekkelig kontroll over sykehusapotekene de handler med, som kan tilfredsstille de krav som stilles av regelen om egenregi. Kontrollkriteriet medfører at sykehusforetakene må ha en tilsvarende kontroll over sykehusapotekene som de har over egen virksomhet.<sup>138</sup>

Det nærmere innholdet av kriteriet er noe uklart. Kontrollbegrepet er ikke identisk med konkurranserettens kontrollbegrep.<sup>139</sup> Kontrollperspektiver basert på selskapsrettslige betraktninger er heller ikke avgjørende i forhold til innholdet av kontrollkriteriet.<sup>140</sup> Definisjonen av hva som er et "offentligretlig organ" etter anskaffelsesdirektivet art. 1 pkt. 9, og dermed underlagt reglene om offentlige anskaffelser, er heller ikke avgjørende for fastleggelsen av kontrollkriteriets innhold. Disse regelsettene kan på den annen side bidra til opplysningen av innholdet av kontrollbegrepet, men det endelige innhold må fastsettes på selvstendig grunnlag. Etter EF-domstolens rettspraksis er det i hvert fall klart at kontrollkriteriet innebærer at oppdragsgiveren må kunne påvirke leverandørens beslutninger, samtidig som den må kunne utøve en avgjørende innflytelse over strategiske mål og viktige beslutninger i leverandørselskapet.<sup>141</sup>

---

<sup>138</sup> L.c.

<sup>139</sup> Se Graver (2005) s. 180 med videre henvisninger.

<sup>140</sup> L.c.

<sup>141</sup> Se sak C-340/04, Carbotermo SpA og Consorzio Alisei mot Commune di Busto Arsizio og AGESP SpA, Saml. 2006 s. I-4137 premiss 36.

#### 5.4.1.1 Hvem er sykehusapotekenes oppdragsgiver? – rammeavtaler i Helse Vest

Det er i utgangspunktet naturlig å anse sykehusenes innkjøp av apotekvarer fra sykehusapotekene som et avtaleforhold mellom sykehusene og sykehusapotekene, der sykehusene er oppdragsgiver og sykehusapotekene er utførere. Spørsmålet i det følgende er om RHF i visse tilfeller kan ha en såpass betydelig rolle ved avtaleinngåelsene at RHF må kunne regnes som oppdragsgiver, og ikke det enkelte sykehusforetak. Hvis et RHF må regnes som oppdragsgiver, legger jeg til grunn at kontrollkriteriet vil være oppfylt ettersom det blant annet er eneste eier av sykehusapotekene, utpeker styremedlemmene i helseforetak, har full instruksjons- og omgjøringsmyndighet på foretaksmøtet (hlfrt. § 16.1) og har en stor del av ansvaret for finansieringen av helseforetakene de eier.

I Helseregion Vest utarbeider Helse Vest RHF rammeavtaler mellom apotekforetaket og sykehusforetakene som danner grunnlaget for særavtalene mellom sykehusene og sykehusapotekene. I Helse Sør-Øst og Helse Nord foregår handelen uten slike rammeavtaler. Ettersom det i disse regionene ikke er andre omstendigheter som taler for at RHF har en aktiv rolle i forbindelse med bestilling av legemidler fra sykehusapotek, er det klart at det er de enkelte sykehusforetakene som må regnes som oppdragsgiver i disse regionene. Jeg har ikke lyktes i å få en avklaring av forholdene i Helse Midt-Norge.

Et av elementene i rammeavtalene i Helse Vest er en intensjon om egenregi.<sup>142</sup> Jeg har ikke fått tilgang på de overnevnte rammeavtalene som Helse Vest RHF utarbeider, jeg har heller ikke fått opplysninger om hva som ligger i disse avtalene, utover at de inneholder en intensjon om salg i egenregi. Slik jeg har oppfattet situasjonen innebærer ikke bruken av rammeavtalene at de regionale helseforetakene anses som oppdragsgiver istedenfor de enkelte sykehusforetakene, ettersom det faktisk er sykehusforetakene som inngår de enkelte

---

<sup>142</sup> Dette er basert på opplysninger fått pr. e-post av 23.7.2007 fra Håvard Røkke i Apotekene Vest HF til undertegnede. Det være på sin plass å nevne at disse rammeavtalene ikke er ment å anses som den særlige anskaffelsesprosedyren med "rammeavtaler" etter forskrift om offentlige anskaffelser § 4-2 bokstav f og forskriftens kapittel 6 og 15.

avtalene med sykehusapotekene. På grunn av manglende informasjon om rammeavtalene vil ikke disse vurderes nærmere i det følgende.

Følgende skal imidlertid presiseres. Det er mest nærliggende å legge til grunn at innkjøpsrutinene må legges om for at RHF skal kunne anses som oppdragsgiver. Det er imidlertid usikkert om det er en ønskelig med en slik omlegging. En ny ordning med RHF som oppdragsgiver vil kunne gjøre legemiddelforsyningen uhensiktsmessig byråkratisert. Videre vil en slik eventuell ordning stå i fare for å fremstå som en uholdbar omgåelse av anskaffelsesreglene. Ettersom en slik alternativ organisering av legemiddelforsyningen til sykehusene, slik jeg ser det, av de overnevnte årsaker, ikke fremstår som en særlig aktuell modell, vil ikke denne kommenteres nærmere.

#### 5.4.1.2 Helseforetaket som oppdragsgiver

I det følgende drøftes spørsmålet om kontrollkriteriet er oppfylt ettersom sykehusforetakene må regnes som oppdragsgivere. Ved vurderingen tas det imidlertid hensyn til den kontroll RHF har over sykehus- og apotekforetak, på bakgrunn av at både sykehusene og sykehusapotekene er underlagt RHF's eierskap og kontroll.

I de forskjellige helseregionene er sykehusapotek samlokalisert med noen av sykehusene. Det er ikke sykehusapotek ved alle sykehusene. Derfor selger sykehusapotekene legemidler til flere sykehus i hver helseregion. Etter praksis fra EF-domstolen er det klart at kontrollkriteriet for en utfører kan være oppfylt selv om det er flere oppdragsgivere.<sup>143</sup> Likevel vil kontrollkriteriet i praksis være vanskeligere å oppfylle når det er flere oppdragsgivere. Årsaken til dette er at kontrollkriteriet krever at oppdragsgiver må ha en kontroll med utføreren som tilsvarende den kontrollen de har med sin egen virksomhet. Dette vil naturligvis være vanskeligere å oppfylle når det er flere oppdragsgivere.

---

<sup>143</sup> Se for eksempel sak C-340/04, Carbotermo SpA og Consorzio Alisei mot Comune di Busto Arsizio og AGESP SpA, Saml. 2006 s. I-4137 premiss 37



De tilfellene som vanligvis drøftes i forhold til spørsmål om egenregi, og mer konkret, kontrollkriteriet, er der oppdragsgiver eier og kontrollerer hele eller i hvert fall deler av utførvirksomheten. I tilfeller der private er deleiere i den utførende virksomhet vil kontrollkriteriet aldri kunne oppfylles.<sup>144</sup> Sykehusene eier ikke sykehusapotekene. Både sykehusene og sykehusapotekene i en bestemt helseregion er heleid av regionens regionale helseforetak. Disse fungerer som organisatoriske eierenheter i de enkelte helseforetaksgruppene.

I praksis vil eierskap normalt være en alminnelig forutsetning for at oppdragsgiveren skal kunne sies å ha en kontroll over leverandøren som tilsvarer den kontroll oppdragsgiveren har over egen virksomhet. Sykehusene eier ikke apotekene, de er likestilte rettssubjekter i samme konsern. Sykehusene er heller ikke tillagt noen formell myndighet over sykehusapotekene gjennom helseforetaksloven, annen lovgivning eller andre myndighetsvedtak. Sykehusene har med andre ord ingen formelle styringsmuligheter over apotekene. Ei heller utøver sykehusforetakene i praksis noen styring over sykehusapotekene. Det er RHF som eneste eier som har kontroll over sykehusapotekene. Sykehusene har ingen formell kompetanse til å fortelle RHF hvordan sykehusapotekene skal styres. Slik jeg oppfatter situasjonen har heller ikke sykehusene i praksis noen direkte innflytelse over hvordan RHF styrer sykehusapoteket, og under enhver omstendighet ikke en slik innflytelse som tilsier at sykehusene har en tilsvarende kontroll over sykehusapotekene som de har over egen virksomhet. Sykehusene mangler med andre ord både formell og reell kontroll over sykehusapotekene.

---

<sup>144</sup> Se sak C-26/03, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Termische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Saml. 2005 s. I-1 premiss 49: "Det bemærkes, at det selvstændige organ i det nævnte tilfælde var fuldt ud ejet af offentlige myndigheder. Derimod udelukker den omstændighed, at en privat virksomhed ejer en andel af kapitalen i et selskab, som den pågældende ordregivende myndighed også ejer en andel af, under alle omstændigheder, at den ordregivende myndighed kan udøve en kontrol over dette selskab, som svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, også selv om den private virksomheds andel kun er en minoritetsandel." Dette er fulgt opp i en rekke senere avgjørelser, se for eksempel sak C-220/05, Jean Auroux m.fl. mot Commune de Roanne, Saml. 2007 s. I-385 premiss 64.

#### 5.4.1.3 Kan kontrollkriteriet være oppfylt til tross for at sykehusene ikke selv har kontroll over sykehusapotekene?

Av redegjørelsen ovenfor er det klart at en eventuell oppfyllelse av kontrollkriteriet ikke kan baseres på at sykehusene selv har kontroll over sykehusapotekene. Det aktuelle rettslige spørsmålet er om det faktum at RHF har omfattende kontroll over både sykehusene og sykehusapotekene kan medføre at kontrollvilkåret kan være oppfylt. En kan tenke seg at RHF i prinsippet kan instruere sykehusene og sykehusapotekene om hvordan innkjøpene av apotekvarer skal foregå.<sup>145</sup>

De regionale helseforetakene er selv av den oppfatning at dette kan tilfredsstille de krav som stilles etter kontrollkriteriet. I et brev fra daværende Helse Øst til Helse- og omsorgsdepartementet undertegnet av representanter fra alle de regionale helseforetakene redegjorde disse for sitt felles syn: ”Når det gjelder vilkåret om oppdragsgivers kontroll over leverandøren, kan dette synes å være formulert på en slik måte at det må foreligge et avhengighetsforhold som for eksempel mellom selskaper organisert i et mor-datter forhold. De regionale helseforetakene er imidlertid av den oppfatning at unntaket (dvs. egenregiunntaket, min kommentar) også vil kunne komme til anvendelse mellom sideordnede organer i en konsernstruktur. Vilkåret er begrunnet i at leveranser i egenregi fordrer et sterkt avhengighetsforhold mellom partene. Et slikt avhengighetsforhold vil også kunne foreligge innad i et konsern, dersom både oppdragsgiver og leverandør er under kontroll av samme eier, slik det er for helseforetakene og sykehusapotekene som alle både eies og kontrolleres av regionale helseforetak som igjen er under statlig eierskap.”<sup>146</sup>

---

<sup>145</sup> I Helse Vest gjør RHF i praksis kanskje dette til en viss grad gjennom de overnevnte rammeavtalene.

<sup>146</sup> Se brev fra Helse Øst RHF til Helse- og omsorgsdepartementet av 18.11.2005 om ”Sykehusapotek og helseforetakenes legemiddelforsyning” s. 12-13”, (ikke tilgjengelig på internett). Dokumentet er nevnt i den offentlige journalen for Helse Vest: <http://www.helse-vest.no/sw14643.asp> (hentedato: 10.1.2008).

Det er, etter mitt skjønn, ikke uten videre åpenbart at de regionale helseforetakenes rettsoppfatning er i overensstemmelse med rettstilstanden *de lege lata*. Reglene om egenregi stiller ikke krav til et gjensidig ”avhengighetsforhold” mellom partene, slik representantene for de regionale helseforetakene hevder. Egenregiregelen stiller krav til at oppdragsgiver skal ha *kontroll* over utfører.

Etter at Riksrevisjonen stilte seg kritisk til hvorvidt egenregiregelens kriterier var oppfylt i forhold til sykehusenes innkjøp fra sykehusapotekene, svarte Helse- og omsorgsdepartementet at ”organisatoriske og eiermessige nærhet mellom regionale helseforetak og underliggende helseforetak” kan forsvare at ”leveranser mellom helseforetakene er egenregi”, og videre at siden alle de underliggende helseforetakene eies 100 prosent av de regionale helseforetakene, vil sykehusene ha ”en indirekte kontroll over apotekene via de regionale helseforetakene”.<sup>147</sup> Det er mulig at den organisatoriske og eiermessige nærheten kan tale for at egenregiregelen bør kunne komme til anvendelse i dette konkrete tilfellet, mer tvilsomt er det om det er grunnlag for å hevde at de regionale helseforetakenes eierskap i praksis medfører at sykehusene har en slik ”indirekte kontroll” over sykehusapotekene som Helse- og omsorgsdepartementet hevder. Riksrevisjonen reiste spørsmål om hvilken grad av kontroll helseforetakene hadde over sykehusapotekene.<sup>148</sup>

I Riksrevisjonens rapport om den årlige revisjon og kontroll for budsjettåret 2006, vedtatt den 3. oktober 2007, har Riksrevisjonen gått fra å stille seg spørrende til hvorvidt kontroll foreligger, til å fastslå at sykehusene ikke innehar tilstrekkelig kontroll, og at denne manglende kontrollen medfører at kontrollkriteriet ikke kan anses som oppfylt, slik at egenregiunntaket ikke kan komme til anvendelse.<sup>149</sup> Dermed legger Riksrevisjonen til grunn at innkjøpene etter dagens ordning, foretas i strid med reglene om offentlige anskaffelser.

---

<sup>147</sup> Sitert fra Riksrevisjonens rapport om den årlige revisjon og kontroll for budsjettåret 2004, Dokument nr. 1 (2005-2006) s. 56.

<sup>148</sup> L.c.

<sup>149</sup> Riksrevisjonens Dokument nr. 1 (2007-2008) s. 97-98.

Riksrevisjonen foretar ingen nærmere drøftelse av de særlige forhold som kan gjøre seg gjeldende i forbindelse med egenregiregelens kontrollkriterium innad i et konsern. Det kan argumenteres for at de nære organisatoriske forholdene i et konsern kan medføre at man må legge en annen løsning til grunn. Dette er tema for den videre fremstilling.

I kommentarutgaven til lov og forskrifter om offentlige anskaffelser stiller forfatterene Dragsten/Lindalen seg kritiske til at avtaler innad i konsern skal kunne unndras reglene om offentlig anskaffelser på bakgrunn av egenregiunntaket: ”Kontrakter mellom ulike juridiske personer innenfor et konsern, er som utgangspunkt omfattet av regelverket (om offentlige anskaffelser, min kommentar)”.<sup>150</sup> Dragsten/Lindalen hevder at dette bare er et utgangspunkt. Standpunktet kommenteres ikke nærmere. Ut fra sammenhengen virker det som om uttalelsen kun er basert på en logisk videreføring av egenregiregelens virkning i forhold til skillet mellom aktivitet innen ett rettssubjekt og aktivitet mellom to forskjellige rettssubjekter. Uttalelsen er ikke nærmere begrunnet, eller eksplisitt forankret i konkrete rettskilder. Utover dens overbevisningsverdi som logisk resonnement har uttalelsen derfor begrenset rettskildemessig vekt.

Jeg har ikke funnet eksempler på at en lignende konstellasjon har blitt vurdert i saker for EF-domstolen, førsteinstansretten, EFTA-domstolen, norske domstoler, KOFA<sup>151</sup> eller andre organer som tar stilling til anskaffelsesspørsmål. Jeg har heller ikke funnet en lignende konstellasjon vurdert i offentlige dokumenter fra organer i EU, EFTA eller Norge. Relaterte problemstillinger har imidlertid blitt drøftet i juridisk teori. Dette vil kommenteres fortløpende i det følgende.

Hovedformålene med reglene om offentlige anskaffelser kan sies å være todelt, for det første å fremme effektiv bruk av offentlige ressurser, og for det annet å sikre nøytralitet, i den forstand at det offentlige ikke tar utenforliggende hensyn ved innkjøp av varer (se

---

<sup>150</sup> Dragsten/Lindalen (2005) s. 429.

<sup>151</sup> Klagenemnda for offentlige anskaffelser, opprettet etter offanskl. § 7a.

offanskl. § 1).<sup>152</sup> Bakgrunnen for at det opereres med et unntak for egenregi er at konkurranse i seg selv ikke er et mål. Det offentlige må kunne avgjøre om de vil utføre visse oppgaver selv. Kontrollkriteriet er en test på om oppdragsgiver har en så sterk kontroll over utfører at det blir naturlig, rettslig sett, å likebehandle utvekslingen av ytelser dem imellom, med aktivitet foretatt internt hos oppdragsgiver. Har ikke oppdragsgiveren en slik kontroll ligner oppdragene mer på oppdrag som kunne vært utført av andre aktører på markedet. I den grad det offentlige overlater oppgaver til andre rettssubjekter som de ikke selv utøver tilstrekkelig direkte kontroll over, og i kraft av å gå utenfor sin egen sfære, til en viss grad retter seg mot en aktør på et marked for å få tilfredsstilt det aktuelle behov, tilsier de nevnte hensynene til effektiv bruk av ressurser og nøytralitet at det offentlige ikke fritt kan tildele kontrakter til de utførere de selv skulle ønske. Dette tilsier at reglene om offentlige anskaffelser bør komme til anvendelse når det offentlige ikke lenger har tilstrekkelig kontroll over utfører.

Overfører man dette til den foreliggende situasjon der RHF har en så sterk kontroll over både oppdragsgiver og utfører, tilsier kanskje ikke disse hensynene bak reglene om offentlige anskaffelser uten videre at reglene må komme til anvendelse. Men som nevnt kan ikke RHF's kontroll over sykehusapotekene automatisk tillegges sykehusene. Bakgrunnen for at kontrollkriteriet oppstilles er at når oppdragsgiver har kontroll over utfører, har ikke utfører en frihet til å opptre uavhengig på markedet. Når det er RHF, og ikke sykehuset, som innehar denne kontrollen er det rom for at sykehusapotekene vil ha en større frihet, og kanskje viktigere, en annen type frihet, på markedet enn de ville hatt dersom sykehusene selv hadde kontroll over apotekene.

Til tross for at RHF har sterk kontroll over både sykehusene og apotekene kan apotekene i prinsippet handle på en måte som er i strid med sykehusenes interesser. RHF vil kunne

---

<sup>152</sup> Offanskl. § 1 nevner også hensynet til det offentliges integritet, dette ble tatt inn i forbindelse med den nye forskriften om offentlige anskaffelser. Selv om hensynet er viktig har jeg i denne sammenhengen valgt å ikke karakterisere det som et hovedhensyn. Se også Graver (2005) s. 159 og Gjønnnes (2007) s. 12 om hensynene bak reglene om offentlige anskaffelser.

instruere apotekene fra å avstå fra slik praksis, og omgjøre apotekenes disposisjoner, dersom det ikke foreligger rettslige skranker for dette i det konkrete tilfellet. Likevel er det i praksis ingen garanti for at RHF alltid vil fatte slike avgjørelser, videre foreligger det ingen garanti for at RHF alltid vil avgjøre potensielle konflikter mellom sykehus og apotek til fordel for sykehusene. Slike interessemotsetninger er kanskje ikke så praktiske i konserndannelser med felles interesser som helseforetaksgruppene, men det kan ikke utelukkes at de kan forekomme, uansett er det et viktig prinsipielt poeng at et overordnet organs kontroll, ikke automatisk kan tilregnes det underordnede, i hvert fall ikke i forhold til en annen jevnbyrdig underordnet.

Et viktig formål bak EØS-retten generelt og offentlige anskaffelser spesielt, er at de skal være nøytrale i forhold til organiseringen av offentlig virksomhet. Dette hensynet ligger som nevnt bak unntaket om egenregi mellom to uavhengige rettssubjekter. Hvis sykehuset selv, og ikke RHF, hadde vært eier av apoteket ville ikke dette særlige spørsmålet om kontroll blitt aktualisert. Sett i forhold til formålet om nøytralitet i forhold til organiseringen av det offentliges virksomhet, kan det argumenteres for at egenregiunntaket bør tolkes slik at sykehusenes innkjøp av apotekvarer fra sykehusapotekene omfattes av unntaket om egenregi. På den annen side er det grenser for hvor langt man kan strekke en slik formålsrettet tolkning. En slik tolkning er tilsynelatende ikke i overensstemmelse med EF-domstolens uttalelser om kontrollkriteriet som kan tolkes i retning av at det/de oppdragsgivende rettssubjekt/-ene *selv* skal utøve en slik kontroll med virksomheten som den/de har over sin egen.<sup>153</sup> Generaladvokat Léger uttaler seg mer direkte om spørsmålet i

---

<sup>153</sup> Se uttalelser i sak C-107/98, Teckal Srl mot Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, Saml. 1999 s. I-8121, premiss 50, sak C-26/03, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Termische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Saml. 2005 s. I-1 premiss 49, sak C-458/03, Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen og Stadtwerke Brixen AG, Saml. 2005 s. I-8612 premiss 64 og sak C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) mot Transformación Agraria SA (Tragsa) og Administración del Estado, Saml. 2007 s. I-2999 premiss 55.

sin anbefaling til avgjørelse i *ARGE*.<sup>154</sup> Etter Generaladvokat Légers oppfatning må domstolens uttalelser i *Teckal*<sup>155</sup> tolkes slik at det kreves at oppdragsgiver selv må inneha kontrollen.<sup>156</sup> Dette understøttes av den nevnte relevante rettspraksis, der kravet generelt synes å være tolket i tråd med ordlyden i EF-domstolens uttalelser i *Teckal*, med andre ord er det lagt til grunn at oppdragsgiver *selv* må inneha kontrollen over den utførende enhet. Slik har kravet også tilsynelatende blitt tolket i juridisk teori.<sup>157</sup>

Arrowsmith er enig i at EF-domstolens uttalelser i *Teckal* kan tas til inntekt for at oppdragsgiver selv må inneha kontrollen, men syntes å mene at dette ikke er en god regel ettersom det kan legge uhensiktsmessige begrensninger på organiseringen av offentlig eid virksomhet. "Advocate General Léger in *ARGE* suggested that for the first condition (kontrollkriteriet, min kommentar) to apply the provider must be controlled by the procuring entity itself. (...) This seems to accord with *Teckal*, which does focus on the exercise of control by the procuring entity. However, it is questionable whether this is a desirable limitation: procuring goods or services from other, wholly separate, public bodies can be the most appropriate way to organise internal provision of goods or services."<sup>158</sup>

---

<sup>154</sup> Se Generaladvokat Légers forslag til avgjørelse i sak C-94/99, *ARGE Gewässerschutz* mot Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Saml. 2000 s. I-11037.

<sup>155</sup> Sak C-107/98, *Teckal Srl* mot *Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, Saml. 1999 s. I-8121.

<sup>156</sup> Se Generaladvokat Légers forslag til avgjørelse i sak C-94/99, *ARGE Gewässerschutz* mot Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Saml. 2000 s. I-11037 avsnitt 66: "Det forbehold, der blev udtrykt i *Teckal*-dommen, hænger sammen med, at det er umuligt eller illusorisk, at der kan foreligge en aftale mellem en myndighed og en økonomisk enhed, når sidstnævnte ikke er økonomisk selvstændig i forhold til den myndighed, som ejer det, selv om der er tale om to juridisk forskellige personer. For at det retlige forhold ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde, er det derfor en betingelse, at den ordregivende myndighed, der anmoder den pågældende erhvervsdrivende om at udføre forskellige tjenesteydelser, er netop den myndighed, som udøver direkte kontrol med organet, og ikke en anden myndighed."

<sup>157</sup> Se for eksempel Fabricius/Offersen (2006) s. 98 flg., Graver (2005) s. 176 flg., Hjelmberg m.fl. (2006) s. 91 flg., Steinicke/Groesmeyer (2003) s. 92 flg.

<sup>158</sup> Arrowsmith (2005) s. 399-400.

Slik jeg forstår Arrowsmith mener hun at hvorvidt en oppdragsgivers har selvstendige kontroll over utfører eller ei, ikke bør være avgjørende i forhold til spørsmålet om egenregi. Arrowsmith argumenterer med at ordninger der oppdragsgiver ikke har en kontroll over utfører som tilsvarer den kontroll oppdragsgiver har over egen virksomhet, ofte kan være den mest hensiktsmessige måten å organisere offentlig virksomhet på. Slik jeg oppfatter Arrowsmith, mener hun at den oppfattelsen av kontrollkriteriet som legges til grunn av Generaladvokat Léger i *ARGE* ikke nødvendigvis bidrar til å oppfylle de formål reglene om offentlige anskaffelser sikter å ivareta.

Man kan, som et motstykke til Arrowsmiths betraktninger, hevde at det er klart at hensynet om EØS-rettens nøytralitet i forhold til hvordan det offentlige organiserer sin virksomhet ikke kan gjelde uten skranker. En utvidende fortolkning av kontrollvilkåret forbundet med en viss fare for at egenregiregelen kan få et mer omfattende nedslagsfelt enn det som er ønskelig ut fra hensynene som begrunner selve regelen. I verste fall kunne man risikere at staten skulle kunne anses som et slags kontrollerende morselskap i forhold til en stor del av virksomhetene den eier som er skilt ut som egne rettssubjekter, og at en vesentlig del av handel mellom offentlige enheter ville falle inn under unntaket.<sup>159</sup> Slik omfattende unndragelse av handel som i realiteten kanskje burde vært konkurranseutsatt, ut fra mer overordnede hensyn, ville kunne komme til å skade konkurransen på markedet. Resultatet av dette er at EØS-avtalens målsetting om konkurranseutsetting av offentlig innkjøpsvirksomhet ville blitt forfeilet. I forhold til sykehusenes innkjøp av apotekvarer fra sykehusapotekene er det riktignok slik at det er en særlig nærhet mellom RHF, sykehusforetak og apotekforetak, men betenkelighetene som knytter seg til en utvidelse av regelen vil fremdeles gjøre seg gjeldende. Forutberegnelighetshensyn, og hensynet til at EF-domstolen ikke må belastes med en unødvendig omfattende arbeidsbyrde, taler for at reglene om egenregi i praksis bør ha en klar og retts teknisk håndterbar grense. Tillates en

---

<sup>159</sup> For at slik handel skal omfattes av egenregiunntaket, må også omsetningskriteriet være oppfylt. Dette vil naturlig nok begrense omfanget av konsekvensene av en slik tolkning av egenregiregelen, men konsekvensen ville likevel være at en del av omsetningen i det offentlige som ellers ville vært konkurranseutsatt ikke ble det. Dette kan ha uheldige konsekvenser for konkurransen på markedet.



utvidelse av unntaket kan grensen for hvor langt en slik utvidelse skal rekke være vanskelig å trekke.

En utvidende formålstolkning av EØS-retten i forhold til bestemmelser som unntar visse aktiviteter fra dens anvendelsesområde er generelt sett problematisk. I forhold til egenregiunntaket er det direkte uttalt av EF-domstolen at dette må tolkes restriktivt.<sup>160</sup> Dette taler mot at man skal godta ordninger som etter en alminnelig fortolkning av EF-domstolens uttalelser faller utenfor. Med andre ord taler dette mot at sykehusenes innkjøp av apotekvarer fra sykehusapotekene skal kunne omfattes av regelen om egenregi. I denne sammenheng er det viktig å være oppmerksom på at EF-domstolen uttrykkelig har stilt seg kritisk til om kontrollvilkåret har vært oppfylt i forbindelse med indirekte eierskap. I *Carbotermo* ble det lagt til grunn at en oppdragsgivers kontroll ville kunne bli svekket av indirekte eierskap gjennom et holdingselskap.<sup>161</sup> Når EF-domstolen stiller seg kritisk til at kontrollkriteriet kan være oppfylt ved indirekte eierskap, er det naturlig å legge til grunn at EF-domstolen også vil stille seg kritisk til om kontrollkriteriet er oppfylt i forhold til påstått indirekte kontroll uten basis i egne direkte kontrollmuligheter.<sup>162</sup>

---

<sup>160</sup> Se sak C-26/03, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Termische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Saml. 2005 s. I-1 premiss 46 og sak C-458/03, Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen og Stadtwerke Brixen AG, Saml. 2005 s. I-8612 premiss 63.

<sup>161</sup> Se sak C-340/04, Carbotermo SpA og Consorzio Alisei mot Commune di Busto Arsizio og AGESP SpA, Saml. 2006 s. I-4137 premiss 39

<sup>162</sup> Her må det riktignok presiseres at domstolen ikke var kritisk til indirekte kontroll på generelt grunnlag. Det ble i den sammenhengen uttalt følgende: "Desuden udøves Busto Arsizio kommunes eventuelle indflydelse på AGESP's beslutninger gennem et holdingselskab. Medvirken fra en sådan mellemmand kan alt efter omstændighederne i det foreliggende tilfælde afsvække den kontrol, som den ordregivende myndighed eventuelt måtte udøve med et aktieselskab blot ved at deltage i dettes kapital." (fra premiss 39). Poenget med denne sammenligningen er å få frem at domstolen sannsynligvis vil være mer kritiske til om kontrollkriteriet er oppfylt ved slik påstått indirekte kontroll.

Etter Generaladvokat Stix-Hackls oppfatning må kontrollkriteriet tolkes formålsbestemt og ikke formelt.<sup>163</sup> Denne uttalelsen må ut fra sin sammenheng tolkes slik at den retter seg mot selve *innholdet* av kontrollkriteriet. Den formålsbestemte tolkningen skal med andre ord finne sted der det allerede er fastslått at oppdragsgiver selv har en viss grad av direkte kontroll over utfører. Dermed kan ikke uttalelsen uten videre tas til inntekt for at Generaladvokaten argumenterer for at kontrollkriteriet må tolkes formålsbestemt i forhold til hvilket rettssubjekt som skal inneha kontrollen. Analysen av om kontrollkriteriet er oppfylt kan prinsipielt sett deles i to. Man kan omtale det ene som et personelt aspekt, der spørsmålet er hvem som må ha kontroll, det andre aspektet kan man omtale som et materielt aspekt som omhandler det omfanget kontrollen må ha. Det er ikke like klart at det personelle aspektet skal være gjenstand for en formålsrettet tolkning. Reglene for hvem som skal ha kontroll må nødvendigvis hvile på et mer formalistisk grunnlag enn reglene om kontrollkriteriets materielle innhold. Dette gjenspeiles av hovedregelen om egenregi, der utgangspunktet for vurderingen er formell, slik at aktivitet innen ett rettssubjekt som den klare hovedregel vil omfattes av egenregiunntaket, mens aktivitet mellom forskjellige rettssubjekter i utgangspunktet ikke vil omfattes. Ut fra disse formelle utgangspunktene finnes visse konkrete unntak. Det aktuelle i den foreliggende sak er der ett, eller flere rettssubjekter sammen, selv har tilstrekkelig kontroll over et annet rettssubjekt slik at det blir naturlig å sidestille aktiviteten dem imellom med aktivitet innen ett rettssubjekt. EF-domstolen har i sin rettspraksis til nå, ikke tillatt andre mer vidtgående unntak enn dette, og har dessuten kommet med uttalelser om at unntaket skal tolkes snevert. Rettspraksis synes med andre ord å stille som et absolutt vilkår at oppdragsgiver selv har en eller annen form for kontroll over utfører. Når sykehusene er organisert som sidestilte subjekter i samme konsern som sykehusapotekene, og sykehusene ikke på noen måte utøver kontroll over sykehusapotekene, taler dette mot at kontrollkriteriet er oppfylt.

---

<sup>163</sup> Se Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-26/03, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Termische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Saml. 2005 s. I-1avsnitt 63.

#### 5.4.1.4 En hypotese

Uavhengig av dette taler, som nevnt, vektige momenter for en utvidende fortolkning av egenregiunntaket slik at det i visse tilfeller skal kunne omfatte transaksjoner innad i et konsern. Til tross for at EF-domstolen selv uttaler at egenregiunntaket må tolkes restriktivt, er det rom for at domstolen vil kunne la en slik konsernkonstruksjon omfattes av regelen hvis den finner at tilstrekkelig gode grunner taler for det. Tas domstolens egen uttalelse om at egenregiunntaket bør tolkes restriktivt i betraktning, er det min hypotese at EF-domstolen ikke uten videre vil godta en slik utvidende fortolkning av egenregiunntaket, men at domstolen i en gitt situasjon der organiseringen av eierskap og den faktiske besittelse av kontroll er basert på rent praktiske organisatoriske forhold, vil kunne komme til at slike transaksjoner bør omfattes av egenregiunntaket.

På bakgrunn av dette oppstiller jeg en hypotese som går ut på at egenregiregelen vil kunne bli tolket slik at den omfatter transaksjoner innad i et konsernforhold selv om oppdragsgiver *ikke selv* har kontroll over utfører, men forholdene er slik at oppdragsgiver *kunne* hatt kontroll.

For å nærmere analysere forholdet mellom sykehus og sykehusapotek undersøkes hvorvidt sykehusene har rettslig adgang til å eie og kontrollere sykehusapotek.

Denne redegjørelsen tar som nevnt primært sikte på å undersøke hvorvidt egenregiregelen bør tolkes utvidende i vår konkrete situasjon. Redegjørelsen vil videre skape større klarhet i om det kan foretas omorganiseringer som kan føre til at egenregiregelens krav kan oppfylles ved at sykehusforetakene selv overtar eierskapet og kontrollen over sykehusapotekene fra de regionale helseforetakene.

#### 5.4.1.5 Kan sykehus eie sykehusapotek?

Et sentralt spørsmål er om det i det hele tatt *er legitimt* at sykehusene skal kunne inneha en tilsvarende kontroll med sykehusapotekene som de har med sin egen virksomhet, eller

eventuelt at sykehusapotekene formelt er under de regionale helseforetakenes kontroll men utelukkende styres på en måte som er i sykehusenes interesse.

En eventuell regel om at sykehus har rettslig adgang til å eie og kontrollere sykehusapotek vil ha sin bakgrunn i at det ikke foreligger tilstrekkelige sterke reelle hensyn som taler mot at sykehus skal kunne eie sykehusapotek.

I apotekloven finnes det særlige regler om konsesjon til eierskap av sykehusapotek. Reglene er basert på at det av ulike årsaker ikke er heldig at visse grupper juridiske og fysiske personer eier sykehusapotek. Blant de juridiske personene lovkonsipistene har ment ikke bør gis en ubetinget rett til å eie sykehusapotek er privateide sykehus. Dette har resultert i at apotekloven § 2-5.2 jf § 2-3.1 bokstav b jf. § 2-2 bestemmer at private foretak ”som tar syke i behandling” ikke kan gis konsesjon til å eie sykehusapotek. En tilsvarende begrensning gjelder etter lovens ordlyd tilsynelatende ikke for offentlige sykehus. Etter § 2-5.1 kan apotekkonsesjon til eie av sykehusapotek uten tilsynelatende tilsvarende begrensninger gis til staten og til ”foretak som eies helt av stat”.

Regionale helseforetak, som i dag eier alle de offentlig eide sykehusapotekene, må klart nok kunne regnes som et ”foretak som eies helt av stat” etter apotl. § 2-5.1. Videre er sykehus organisert som helseforetak også ”heleid av stat”, ved at de er heleid av RHF. I forhold til sistnevnte er eierskapet indirekte, men det er ikke tvil om at helseforetak er heleid av staten i den forstand at staten alene eier helseforetak gjennom RHF. Etter en slik forståelse begrenser loven etter sin ordlyd ikke helseforetaks adgang til å eie apotek.

I tillegg til at en slik tolkning har støtte i lovens ordlyd finner man også støtte for denne tolkningen i lovens system. Bestemmelsene i apotl. §§ 2-2, 2-3 og 2-5.2 regulerer privates adgang til å eie apotek og sykehusapotek, mens bestemmelsene i §§ 2-4 og 2-5.1 regulerer det offentliges adgang til å eie apotek og sykehusapotek. Forarbeidene til endringslov til apotekloven av 15. juni 2001 nr. 94 støtter også en slik tolkning av loven. De presiserer at det offentliges eie av apotek ”reguleres uttømmende av §§ 2-4 og 2-5, og omfattes ikke av

eierbegrensningene i § 2-3.”<sup>164</sup> Forarbeidenes kommentar knytter seg ikke direkte til den aktuelle lovendringen de foranlediget, derfor har disse forarbeidsuttalelsene mer en karakter av å være etterarbeider i denne sammenhengen. Dette begrenser uttalelsenes rettskildemessige vekt, men disse kan like fullt benyttes som relevante støtteargumenter ved lovtolkningen.<sup>165</sup> Som støtteargumenter støtter de seg til et relativt solid grunnlag, uttalelsene understøtter nettopp en tolkning som relativt klart støttes av lovens ordlyd og system.

Til tross for det relativt solide grunnlaget kan det stilles spørsmål om de offentlig eide sykehusene virkelig er ment å ha rettslig adgang til å eie sykehusapotek. Andre rettskilder trekker i en annen retning.

Ved en endring av apotekloven av 1909 i 1950 fikk det offentlige en generell adgang til å eie apotek. Endringen ble, for det vesentlige i denne sammenheng, videreført uendret i apotekloven av 1963. De relevante bestemmelsene utelukket ikke uttrykkelig at offentligeide sykehus skulle kunne eie sykehusapotek. Bestemmelsene begrenset imidlertid kretsen av aktuelle offentlige eiersubjekter til stat og kommune.<sup>166</sup> Bestemmelsene var dermed i praksis til hinder for at offentlige sykehus selv skulle kunne eie sykehusapotek.<sup>167</sup>

Som nevnt åpner apotl. § 2-5.1 for at ”foretak som eies helt av stat” kan eie sykehusapotek. Apotekloven ble utformet før helseforetaksreformen ble påbegynt. Å betegne sykehus som ”foretak” var sannsynligvis en fremmed tanke før de ble organisert som helseforetak. Forarbeidene til apotekloven nevner statsforetak som et aktuelt eksempel på et ”foretak

---

<sup>164</sup> Se Ot.prp. nr. 61 (2000-2001) s. 20.

<sup>165</sup> Se Boe (1996) s. 240

<sup>166</sup> Apotekloven av 1909 § 7.1 etter lovendringen fra 1950: ”Bevilling til å drive sykehusapotek kan gis til by-, herreds- eller fylkeskommuner. Sykehusapotek kan også opprettes og drives av staten.”

Apotekloven av 1963 § 45.2.2: ”Selvstendig sykehusapotek skal drives av staten eller en kommune.” De tidligere apoteklovene skilte ikke mellom eier- og driftskonsesjon slik den någjeldende lov gjør. ”Selvstendig sykehusapotek” etter apotekloven av 1963 er det vi i dag omtaler som sykehusapotek.

<sup>167</sup> Se Ot.prp. nr. 29 (1998-1999) s. 80.

som eies helt av stat” som skal kunne eie apotek.<sup>168</sup> Utover henvisningen til statsforetak henviser forarbeidene til at tilføyelsen i lovteksten av heleide statlige eller fylkeskommunale foretak ”åpner for tilpasninger i samsvar med de muligheter lovgivningen gir når det gjelder organisering av offentlig eierskap”.<sup>169</sup> Da apoteklovens forarbeider ble skrevet, eide fylkeskommunen de aller fleste sykehusene. Disse var da organisert som en del av den offentlige forvaltning.<sup>170</sup> Dermed hadde sykehusene *selv* ikke noen anledning til å eie sykehus etter apotekloven. Spørsmålet om offentlige sykehus’ eie av sykehusapotek ble aktualisert ved helseforetaksreformen som ble påbegynt rundt den tid apotekloven trådte i kraft. Først på det tidspunkt ble alle landets offentlige sykehus organisert som egne ”foretak som eies helt av stat”.

Intet tyder på at helseforetaksloven søkte å påvirke forholdene rundt reglene om sykehusenes eierskap av sykehusapotek. Tvert imot tar helseforetakslovens forarbeider uttrykkelig stilling til spørsmålet uten konkret å ta stilling til apoteklovens bestemmelser. I helseforetaklovens forarbeider står det: ”Sykehus er på linje med andre legemiddelrekvirenter avskåret fra å eie apotek, men eiere av sykehus kan eie apotek.”<sup>171</sup> Rettsoppfatningen om at offentlige sykehus ikke kan eie sykehusapotek dannet grunnlaget for at sykehusapotekene som var samlokalisert med de ulike sykehusene ble organisert som selvstendige enheter som eies av RHF, og ikke sykehusene selv. Denne rettsoppfatningen lever i beste velgående den dag i dag. I Strategiplan 2007 – 2010 for sykehusapotekene i Helse Nord som ble vedtatt av styret i Sykehusapotek Nord HF den 30. november 2006 uttales det at: ”Lov om apotek fastslår at sykehusapotek skal være offentlig eid og videre er det nedfelt i loven at sykehus (og andre personer og institusjoner som forskriver legemidler) ikke kan eie apotek.”<sup>172</sup> I et saksfremlegg for styret i Helse Sør-Øst RHF fra

---

<sup>168</sup> Ibid. s. 128.

<sup>169</sup> L.c.

<sup>170</sup> Se Ot.prp. nr. 66 (2000-2001) s. 12.

<sup>171</sup> Ibid. s. 25.

<sup>172</sup> Dokumentet er tilgjengelig på: <http://www.sykehusapotek-nord.no/getfile.php/Sykehusapotek-Nord%20internett/Styresaker%202006/Strategi%20og%20M%C3%A5l%202007%20-%202010.pdf>

10. desember 2007 i forbindelse med omorganiseringen av sykehusapotekene i den regionen uttrykkes det at ”apotekloven (stenger) for at eierskapet til apotekselskap kan legges direkte til helseforetakene.”<sup>173</sup>

Til tross for at lovteksten og lovens system trekker i retning av at offentlig eide sykehus selv skal kunne eie sykehusapotek, må omstendighetene omkring omorganiseringen av sykehussektoren tas i betraktning ved lovtolkningen. Videre taler en rekke uttalelser i den nye apoteklovens forarbeider mot at dette har vært en tilsiktet konsekvens av lovendringen.

Da lovforarbeidene til den nye apotekloven ble utformet eksisterte det, som nå, bare to sykehusapotek i privat eie. Disse blir ikke eksplisitt nevnt i forarbeidenes redegjørelse. Forarbeidene behandler isteden spørsmålet om sykehusapotek på et generelt grunnlag, med argumenter mot sykehus’ eie av sykehusapotek som i praksis gjør seg gjeldende uavhengig av om eierskapet er privat eller offentlig.<sup>174</sup> I forbindelse med sin utredning om hvilke aktører som ikke skal kunne eie apotek, tar forarbeidene til den någjeldende apotekloven utgangspunkt i den dagjeldende rett. Etter den forrige apoteklov av 1963 § 45.2 var det bare stat og kommune som kunne eie sykehusapotek. Bestemmelsen ble forstått slik at den var til hinder for at sykehus kunne eie sykehusapotekapotek.<sup>175</sup> I den videre diskusjonen i forhold til hvordan den nye loven skal utformes sondres det som hovedregel ikke mellom private og det offentlige som eiere, til tross for at dette tilsynelatende er et avgjørende skille etter den da foreslåtte, og nå vedtatte lovtekst. At sykehus skal kunne eie apotek frarådes på

---

(hentedato: 25.10.2007) se dokumentets første side. Uttalelsen om at apotekloven slår fast at sykehusapotek skal være offentlig eid medfører ikke riktighet. Apotekloven åpner i § 2-5.2 for privat eie av sykehusapotek. Det eksisterer vitterlig to sykehusapotek som ikke eies av det offentlige. Videre er det heller ikke nedfelt i loven at offentlig eide sykehus ikke kan eie apotek, §§ 2-2 og 2-3 forbyr uttrykkelig som nevnt bare privateide sykehus å eie apotek.

<sup>173</sup> Saksfremlegget har saksnummer 075-2007 og er tilgjengelig på: [http://www.helse-sorost.no/modules/module\\_123/proxy.asp?C=29&I=465&D=2&mids](http://www.helse-sorost.no/modules/module_123/proxy.asp?C=29&I=465&D=2&mids), se s. 2 i fremlegget (hentedato: 12.12.2007).

<sup>174</sup> Disse argumentene vurderes nærmere i den følgende drøftelse.

<sup>175</sup> Se Ot.prp. nr. 29 (1998-1999) s. 80.

et generelt grunnlag, tilsynelatende uavhengig av om de er offentlig- eller privateid.<sup>176</sup> De sterke motforestillinger som gjør seg gjeldende mot at sykehus skal kunne eie sykehusapotek taler med styrke mot at hensikten var å endre den tidligere rettstilstanden.

Hva sier så forarbeidene om hensynene som taler mot at sykehus skal kunne eie sykehusapotek? For det første trekkes det på generelt grunnlag frem at et sykehusapotek ikke bør underlegges sykehusets styre direkte, fordi dette vil svekke sykehusapotekernes faglige autonomi.<sup>177</sup> Dette argumentet kan være aktuelt for private så vel som offentlig eide sykehus' eie av apotek.

For det annet argumenteres det for det andre med at sykehusets eierskap kan utstyre sykehusapoteket med en rekke konkurransemessige fordeler på bekostning av deres konkurrenter, siden sykehusapoteket fort ville kunne bli en integrert del av sykehuset på samme måte som en sykehusavdeling, dette ville kunne gi sykehusapoteket fordeler som lav eller ingen husleie, gratis administrative tjenester mv.<sup>178</sup> Dette argumentet kan i særlige tilfeller kanskje ha en viss betydning i forhold til private sykehus og konkurranserettslige betraktninger, men det vil gjøre seg sterkere gjeldende i forhold til det offentlige som eier ved at det ikke bare kan få de samme konkurranserettslige implikasjoner i forhold til det offentlige som eier, men også statsstøtterettslige implikasjoner som kan tale mot en slik organisering av eierskapet.

Forarbeidene til endringsloven til apotekloven, som ble fremlagt samme dag som odelstingsproposisjonen som foranlediget helseforetaksreformen,<sup>179</sup> inneholder en bredere drøftelse av hensynene som taler mot at sykehus skal kunne eie sykehusapotek.<sup>180</sup>

---

<sup>176</sup> Ibid. s. 80-82. Se også Innst. O. nr. 52 (1999-2000) s. 13.

<sup>177</sup> Ot.prp. nr. 29 (1998-1999) s. 81.

<sup>178</sup> L.c.

<sup>179</sup> Ot.prp. nr. 66 (2000-2001).

<sup>180</sup> Forarbeidene er Ot.prp. nr. 61 (2000-2001). Loven er lov om endringer i apotekloven og legemiddeloven av 15. juni 2001 nr. 94.



I tillegg til å fremheve det overnevnte, fremheves at sykehusenes direkte eie av sykehusapotek vil kunne føre til effektivitetstap siden sykehusene vil føle seg bundet til å foreta sine innkjøp av apotekvarer hos sine egne apotek uavhengig av om en lavere pris ville kunne oppnås ved å handle med andre apotek.<sup>181</sup> En slik betraktning kan i høy grad være aktuell også for offentlig eide sykehus sitt eierskap av apotek.

Den eneste som i forarbeidene til den nye apotekloven eksplisitt knytter kommentarer til skillet mellom private og offentlige sykehus sitt eie av apotek er Fylkesrådmannen i Sør-Trøndelag som ”mener derimot at offentlige sykehus må kunne eie apotek.”<sup>182</sup> Uttalelsen kommenteres ikke nærmere. At Fylkesrådmannens uttalelse, av forarbeidenes forfattere, trekkes frem med ordet ”derimot” kan tas til inntekt for at Fylkesrådmannens uttalelse står som en motsetning til det som ellers uttales. Med andre ord kan bruken av ordet ”derimot” tas til inntekt for at det både er forbud mot private sykehus så vel som offentlige sykehus eierskap av sykehusapotek som drøftes.

Det kan på mange måter oppleves som noe kunstig at det skal opereres med et så grunnleggende skille mellom private og offentlige sykehus som eiere av apotek som bestemmelsene i apoteklovens etter sin ordlyd legger opp til. De senere årene har det i den offentlige sykehussektor blitt et sterkere fokus på effektivisering og kostnadskontroll, som også er retningsgivende for privat sektor. Det har blitt gjennomført en omfattende fristilling av sykehusene, og en profesjonalisering av styringen av disse, noe mer fristilt fra politisk styring, i retning av en styring mer fokusert på resultatoppnåelse og effektiv utnyttelse av ressurser. Prinsipper som også er retningsgivende for privat sektor. På den annen side er nok fokus på økonomisk gevinst det primære målet for privat sektor, det samme kan ikke sies om det offentlige. Selv om det her er en betydelig forskjell kan ikke denne forskjellen overskygge at det som i forarbeidene til apotekloven begrunner forbudet mot at sykehus skal kunne eie sykehusapotek gjør seg gjeldende for både privat og offentlig eierskap.

---

<sup>181</sup> Se Ot.prp. nr. 61 (2000-2001) s. 8.

<sup>182</sup> Ot.prp. nr. 29 (1998-1999) s. 81.

Ordlyden i den endelige lovteksten er ikke i overensstemmelse med den tolkningen som er mest nærliggende etter en nærmere vurdering av forarbeidene som ledet til den nye loven. Ordlyden er heller ikke i overensstemmelse med sentrale aktørers rettsoppfatning, slik de ovenfor siterte uttalelser demonstrerer. En rekke av de overnevnte forhold taler mot å legge til grunn løsningen lovens ordlyd og system legger opp til.

Uavhengig av konklusjonen på dette spørsmålet kan det på bakgrunn av de overnevnte reelle hensyn, argumenteres med at det er uheldig at offentlige sykehus eier sykehusapotek. Denne betraktningen er som nevnt grunnlaget for konsernorganiseringen med RHF som eier av sykehusforetak og apotekforetak.<sup>183</sup> At RHF i motsetning til helseforetak oppfattes å ha rett til å eie sykehusapotek syntes å være basert på at det ikke er like uheldig at eier av sykehus også eier sykehusapotek, fordi denne har en nødvendig distanse som gjør at mange av hensynene som taler mot at sykehus eier apotek direkte ikke gjør seg gjeldende i samme grad i forhold til en atskilt organisatorisk enhet som eier begge. Apotekloven opererer uttrykkelig med et slikt skille for private sykehus og eiere av private sykehus. Etter apotekloven § 2-5.2 kan ikke private sykehus eie sykehusapotek, mens private som eier sykehus har rettslig adgang til å eie sykehusapotek (§ 2-5.2 jf. § 2-3.1 bokstav e).

At det er RHF som eier og kontrollerer sykehusapotekene, er en tilsiktet følge av at apotekloven ble ansett å være til hinder for at sykehus skulle kunne eie sykehusapotekene selv. De mange reelle hensynene som taler for at en slik løsning må legges til grunn, taler for at RHF er forutsatt å ta andre hensyn ved styringen av sykehusapotekene enn det sykehusene selv ville gjort. Etter egenregiregelen er det som nevnt et krav om at oppdragsgiver har en kontroll over utfører som tilsvarer den kontroll den har over egen virksomhet. Min overnevnte teori som dannet grunnlaget for denne drøftelsen består i at en eventuell utvidelse av egenregiregelen til også å gjelde mellom likestilte parter i et konsern, vil kreve at det foreligger særlige grunner som taler for at en slik utvidelse bør finne sted. Den overnevnte drøftelsen av offentlig eide sykehus sin eventuelle rettslige adgang til å eie

---

<sup>183</sup> Ot.prp. nr. 66 (2000-2001) s. 25.

sykehusapotek viser at det mest sannsynlig eksisterer et forbud som innebærer at offentlige sykehus ikke selv har lov til å eie sykehusapotek. Uavhengig av et eventuelt forbud viser drøftelsen ovenfor at det i alle tilfeller er en rekke betenkeligheter i forhold til å la sykehus eie og ha kontroll over sykehusapotek. Siden sykehusene selv i praksis ikke innehar en slik form for kontroll som egenregiregelen legger opp, og siden en slik form for kontroll kanskje er lovstridig, og det er knyttet vesentlige betenkeligheter ved slik kontroll, taler dette sterkt mot at egenregiregelen bør utvides til å omfatte dette tilfellet.

#### 5.4.1.6 Oppsummering og konklusjon i forhold til om kontrollkriteriet er oppfylt

Uavhengig av de særlige hensyn som gjør seg gjeldende i forholdet til sykehus' direkte eie av sykehusapotek, taler hensynet til nøytralitet i forhold til hvordan det offentlige organiserer sin virksomhet, og det faktum at RHF har kontroll over sykehus så vel som sykehusapotek, for at sykehusenes innkjøp av apotekvarer skal kunne omfattes av egenregiregelen. Likevel må det faktum at RHF's kontroll ikke automatisk kan tillegges sykehusene, og at denne kontrollen kan være av en annen karakter enn den kontrollen sykehusene ville utøvd, tale mot at forholdet skal omfattes av egenregiregelen. Videre vil mer formelle retts tekniske hensyn, det generelle hensynet til at unntak fra EØS-avtalen skal tolkes restriktivt og hensyn til ordlyden i EF-domstolens avgjørelser taler mot at innkjøpene skal kunne anses som utført i egenregi.

Når man undersøker de nærmere omstendigheter og tar de særlige hensyn som taler mot at sykehus skal kunne eie sykehusapotek i betraktning, er det klart at egenregiunntaket ikke bør anses oppfylt i vår sak. I andre konsernlignende situasjoner hvor slike særlige forhold som taler mot utvidelse ikke gjør seg gjeldende, og der det er særlige forhold som isteden taler for utvidelse er det min personlige oppfatning at EF-domstolen kan tenkes å la dette omfattes av egenregiunntaket, men i vår sak må konklusjonen som nevnt bli at kontrollkriteriet ikke er oppfylt.

#### 5.4.2 Omsetningskriteriet

Ettersom kontrollkriteriet ikke kan anses oppfylt, er det ikke aktuelt å anse sykehusenes innkjøp av apotekvarer fra sykehusapotekene som utført i egenregi. Dermed er det strengt tatt ikke nødvendig å ta stilling til om omsetningskriteriet, som er det andre kumulative vilkåret for egenregi, er oppfylt. I det følgende vil likevel spørsmålet om oppfyllelse av omsetningskriteriet vurderes, på bakgrunn av at dette spørsmålet må vurderes dersom kontrollkriteriet på et eller annet vis oppfylles gjennom en endring av praksis etter nåværende innkjøpsordning, og den aktuelle endringen fortsatt forutsatte at innkjøpene skjer i egenregi.<sup>184</sup> Videre tas det stilling til spørsmålet ettersom problemstillingen er kilde til flere interessante rettslige spørsmål.

Omsetningskriteriet er som nevnt det andre vilkåret som må være oppfylt for at anskaffelser skal anses foretatt i egenregi.

Omsetningskriteriet innebærer at en stor del av den aktiviteten utførerbedriften *faktisk* utfører må foregå i samarbeid med oppdragsgiver.<sup>185</sup> Det opereres i praksis med et veiledende krav om at 80 % av omsetningen må foregå i samarbeid med den kontrollerende enhet for at omsetningskravet skal være oppfylt. Dette kravet er hentet fra art. 23 i forsyningsdirektivet. Etter rettspraksis er det klart at man ikke kan basere seg på en ren analogislutning fra art. 23.<sup>186</sup> Det må foretas en helhetsvurdering der kvantitative så vel

---

<sup>184</sup> Se endringsforslaget som skisseres under pkt. 7.2.

<sup>185</sup> Se Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-26/03, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Termische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Saml. 2005 s. I-1 avsnitt 83.

<sup>186</sup> For en utførlig redegjørelse for hvorfor en slik analogislutning ikke er aktuell, se Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-340/04, Carbotermo SpA og Consorzio Alisei mot Comune di Busto Arsizio og AGESP SpA, Saml. 2006 s. I-4137 avsnitt 87-94. Generaladvokatens forslag blir fulgt opp av domstolen ved at den ikke anvender 80 %-regelen ved avgjørelsen av spørsmålet, se premissene 58-72 i domstolens avgjørelse av den nevnte saken.

som kvalitative aspekter ved virksomheten må vurderes.<sup>187</sup> I *Carbotermo* er omsetningskriteriet nærmere utpenslet slik: ”såfremt denne virksomheds aktivitet hovedsakelig er bestemt for denne myndighed, idet enhver anden aktivitet kun har marginal karakter.”<sup>188</sup>

Omsetningskriteriet må tolkes i lys av formålene med reglene om offentlige anskaffelser som er å sikre et virksomt felles indre marked, og hindre konkurransevridninger.<sup>189</sup> Dersom et selskap som opptrer i konkurranse med andre automatisk får en stor del oppdrag fra et offentlig organ underlagt reglene om offentlige anskaffelser, vil foretaket kunne dra en fordel av dette som vil kunne skade konkurransen på det aktuelle markedet.

Ettersom 80 %-regelen, som gjelder for forsyningssektoren, fremdeles kan gi en viss veiledning, og siden dette gir et relativt håndfast utgangspunkt, kan det være hensiktsmessig å begynne analysen med en kvantitativ vurdering av sykehusapotekenes omsetning i lys av denne regelen. I gjennomsnitt utgjorde omsetning fra sykehusapotekene til forskjellige helseforetak 58 % av den totale omsetningen for 2006.<sup>190</sup> De resterende 42 % av omsetningen gikk til pasienter, andre apotek, kommuner og den øvrige allmennheten.<sup>191</sup> Omsetning til andre apotek, kommuner og den øvrige allmennhet kan

---

<sup>187</sup> Sak C-340/04, *Carbotermo SpA og Consorzio Alisei mot Commune di Busto Arsizio og AGESP SpA*, Saml. 2006 s. I-4137 premiss 64.

<sup>188</sup> Ibid. premiss 63.

<sup>189</sup> Ibid. premiss 59.

<sup>190</sup> Tallene er basert på sykehusapotekenes årsmeldinger fra 2006. Det oppgis hvor de ulike årsmeldingene er tilgjengelige i forbindelse med drøftelsen under pkt. 6.2.4. Gjennomsnittet er relativt representative for forholdene i de enkelte helseforetaksgruppene. I Helse Nord gikk 57 % av omsetningen til helseforetak, i Helse Midt-Norge 53 %, i Helse Vest 63 % og i Helse Sør-Øst 59 %. Tallene kan ikke leses direkte ut av årsmeldingene, men representerer mine egne utregninger basert på årsmeldingenes informasjon.

<sup>191</sup> Sykehusapotekene selger også apotekvarer til andre sykehus i andre helseregioner. Hvor stor del slik handel med sykehus utenfor regionen utgjør fremgår ikke av alle sykehusapotekenes årsmeldinger. Slik handel reiser særlige spørsmål i forhold til spørsmålet om anskaffelser i egenregi, siden slik handel ikke kan anses som omsetning til kontrollerende enheter, siden de regionale helseforetakene ikke har kontroll over hverandres sykehusapotek. Mitt bestemte inntrykk er likevel at den altoverveiende hoveddelen av handelen

sannsynligvis ikke omfattes av egenregiunntaket, ettersom dette som regel anses for ikke kan å være omsetning som foregår i samarbeid med sykehusene. Spørsmålet er om salget til pasientene på sykehusene kan anses som så nært knyttet til sykehusenes virksomhet at det omfattes av egenregiregelen. Etter *Teckal* er spørsmålet om ”den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af”<sup>192</sup> I *Carbotermo* presiseres at: ”Når disse principper anvendes, kan det kun antages, at den pågældende virksomhed udfører hovedparten af sin aktivitet sammen med den myndighed, som den ejes af, som omhandlet i *Teckal*-dommen, såfremt denne virksomheds aktivitet hovedsagelig er bestemt for denne myndighed, idet enhver anden aktivitet kun har marginal karakter.”<sup>193</sup> Det er ikke bare virksomhet som utføres direkte for den kontrollerende oppdragsgiver som omfattes: ”Med hensyn til spørsmålet, om der i denne sammenhæng alene skal tages hensyn til den omsætning, der er opnået med tilsynsmyndigheden, eller til den, der er opnået på denne myndigheds område, må det antages, at den afgørende omsætning er den, som den pågældende virksomhed opnår i kraft af beslutninger om tildeling truffet af tilsynsmyndigheden, herunder den, der opnås med brugere ved udførelsen af sådanne beslutninger.”<sup>194</sup> Videre fremholder domstolen at det ikke er av betydning hvem brukeren er<sup>195</sup> eller hvem som betaler for ytelsen.<sup>196</sup>

Spørsmålet er om sykehusets pasienters innkjøp av apotekvarer foretas på bakgrunn av en ”beslutning om tildeling” truffet av sykehuset. I de tilfeller der pasienter kjøper

---

mellom apotekforetak og sykehusforetak primært foregår mellom de sykehus som er samlokalisert med sykehusapotekene og at den største resterende delen av omsetning til andre helseforetak foregår innen de enkelte helseforetaksgruppene, for eksempel slik at et sykehus i Helseregion Vest handler hos sykehusapotek innen samme helseregion.

<sup>192</sup> Sak C-107/98, *Teckal Srl mot Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, Saml. 1999 s. I-8121 premiss 50

<sup>193</sup> Sak C-340/04, *Carbotermo SpA og Consorzio Alisei mot Commune di Busto Arsizio og AGESP SpA*, Saml. 2006 s. I-4137 premiss 63.

<sup>194</sup> *Ibid.* premiss 65.

<sup>195</sup> *Ibid.* premiss 66.

<sup>196</sup> *Ibid.* premiss 67.

reseptpliktige legemidler, eller der de kjøper apotekvarer på bakgrunn av en leges anbefaling, kan dette være en naturlig synsvinkel. Det er mitt inntrykk at størsteparten av pasientenes innkjøp av apotekvarer faller inn under denne kategorien. Hva som ligger i det siterte utsagn er ikke uten videre helt klart. Generaladvokatens foretar en mer utførlig drøftelse av dette spørsmålet. Domstolen tar ikke uttrykkelig avstand fra disse betraktningene, og domstolens anførte argumenter er i overensstemmelse med Generaladvokatens. Dette kan tale for at Generaladvokatens uttalelser kan kaste ytterligere lys over det aktuelle spørsmålet.

Generaladvokaten argumenterer for at det er særlig nærliggende å la ytelser til andre enn den kontrollerende enhet omfattes som egenregi dersom den kontrollerende enhet har en offentligrettslig eller privatrettslig forpliktelse til å yte til tredjemann.<sup>197</sup> Regionale helseforetak og sykehus har ingen klart formulert rettslig plikt til å tilby pasientene ved sykehusene legemidler etter at de er skrevet ut fra sykehuset, men det kan kanskje anses som en naturlig forlengelse av deres ”sørge for”-plikt. Ettersom det i hvert fall ikke foreligger noen klart definert plikt kan ikke dette tale for at omsetningen til pasienter skal omfattes av egenregiunntaket.

Generaladvokaten uttrykker videre at: ”Man må i hvert fald afvise den opfattelse, hvorefter enhver ydelse til befolkningen (...) skal medregnes. Dermed ville nemlig alle andre ydelser til private være omfattet, uden at der bestod et forhold til kommunen. Den slags erhvervsvirksomhed ville nemlig ikke være relevant. Skulle en virksomhed f.eks. ikke kun levere energi eller bortskaffe affald, men også sælge visse produkter som varmeapparater eller affaldsbeholdere, ville denne omsætning være omfattet, selv om det drejer sig om produkter, som de enkelte forbrugere også får fra andre leverandører. En fortolkning, der alene knytter sig til tredjeparters efterspørgsel, ville medføre, at enhver ydelse til forbrugerne ville være omfattet, blot fordi de havde deres bopæl i kommunen. Alt i alt må det derfor fastholdes, at det ikke alene kommer an på tredjeparters efterspørgsel, men også

---

<sup>197</sup> Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-340/04, Carbotermo SpA og Consorzio Alisei mot Comune di Busto Arsizio og AGESP SpA, Saml. 2006 s. I-4137 avsnitt 113.

på indholdet af virksomheden.”<sup>198</sup> Generaladvokaten vil vektlegge virksomhetens innhold ved vurderingen. Eksempelet demonstrerer hennes oppfatning om at utfører må kunne selge varer som har tilknytning til den virksomheten de driver på vegne av oppdragsgiver. Jeg oppfatter Generaladvokaten slik at hun ikke argumenterer for at det skal være mulig å selge produkter knyttet til virksomheten til *enhver*, og likevel være innenfor omsetningskriteriets rammer, men at produkter kan selges til tredjemenn som allerede har en eller annen form for tilknytning til den virksomheten som oppdragsgiver og leverandør utfører. Apotekenes salg av apotekvarer til utskrevne pasienter, må kunne sies å ha en nær tilknytning til deres salg av apotekvarer til sykehusene, som må kunne sammenlignes med den tilknytningen som illustreres i Generaladvokatens eksempel. Dette kan tale for at salget til pasienter skal kunne omfattes som omsetning som foregår i samarbeid med oppdragsgiver.

Et annet moment ved avgjørelsen kan være om det finnes et marked for virksomhetens aktiviteter.<sup>199</sup> Reseptene skrevet ut av sykehusets leger begrenser ikke pasientenes mulighet til å velge å gå til anskaffelse av det aktuelle legemidlet hos sykehusets apotek. Pasienten kan i utgangspunktet selv velge hvilket apotek han vil gå til for å skaffe legemidlet. Dette gjelder naturligvis også ikke-reseptpliktige legemidler og andre apotekvarer. Det eksisterer derfor et marked der forskjellige aktører konkurrerer om å tilby apotekvarer til pasientene. Sykehusapotekenes lager er gjerne skreddersydd for den behandlingen som foretas ved sykehusene. Dermed kan pasientene lett få tak i mindre kurante legemidler hos sykehusapotekene. I den forbindelse må det poengteres at alle apotek har plikt til å føre alle legemidler som er tillatt solgt her i landet (apotl. § 5-3.1 bokstav a), og vanlig medisinsk utstyr som benyttes av forbrukere (bokstav b). Plikten medfører ikke at apotekene må ha alle disse varene på lager til enhver tid, men at de skal ha rutiner som sikrer rask levering av disse varene (§ 5-4.1). Dermed kan pasientene i prinsippet også få tak i alle legemidler hos private apotek.

---

<sup>198</sup> Ibid. avsnitt 114-115.

<sup>199</sup> Ibid. avsnitt 98



På bakgrunn av omsetningskriteriet har HOD på foretaksmøtene i januar 2006 instruert alle de regionale helseforetakene om å passe på at ”sykehusapotekenes salg av ikke-reseptpliktige varer og reseptomsetning til pasienter som ikke er tilknyttet sykehuset, utgjør under 20 pst. av sykehusapotekenes totalomsetning”.<sup>200</sup> Slik jeg oppfatter Generaladvokatens overnevnte uttalelser<sup>201</sup> bør også salg av de ikke-reseptpliktige legemidlene, og de øvrige apotekvarene legen uttrykkelig har anbefalt pasienten, kunne omfattes av den delen av omsetningen som foregår i samarbeid med oppdragsgiver. Videre bør det kanskje være en åpning for å omfatte også ikke-reseptpliktige legemidler og andre apotekvarer pasienten kjøper inn uten legens uttrykkelige anbefaling, men som likevel kjøpes inn på bakgrunn av den behandlingen pasienten har fått ved sykehuset. På den annen side kan den løsningen HOD har lagt opp til kanskje være enklere å føre kontroll med i praksis.

I sine seneste årsrapporter oppgir alle RHF at salget til helseforetak og salget av reseptpliktige medisiner til deres pasienter til sammen utgjør over 80 % av omsetningen. Det er ikke uten videre åpenbart at sykehusapotekene vil kunne opprettholde denne fordelingen av salgsinntekt.

Som nevnt innledningsvis skal ikke omsetningskriteriet fastlegges etter 80 %-regelen. Ei heller skal vurderingen utelukkende foretas på bakgrunn av hvordan omsetningen er fordelt. Kvalitative elementer må tas i betraktning. Sykehusapotekene tar maksimal tillatt avanse ved salg av legemidler til sykehusene, men oppnår lavere priser gjennom legemiddelinnkjøpssamarbeidet ved at det fremforhandles lavere priser fra grossist og produsent. Det opereres også med forskjellige bonusordninger til fordel for sykehusene i Helseregion Midt-Norge og Sør-Øst.<sup>202</sup> Når sykehusene i stor grad betaler en pris som ligger under markedspris for apotekvarene, medfører dette at de rene omsetningstall ikke er

---

<sup>200</sup> Se Riksrevisjonens Dokument nr. 1 (2007-2008) s. 93.

<sup>201</sup> Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-340/04, Carbotermo SpA og Consorzio Alisei mot Comune di Busto Arsizio og AGESP SpA, Saml. 2006 s. I-4137 avsnitt 114-115.

<sup>202</sup> Se pkt. 6.2.4.2 og 6.2.4.4.

representative for omfanget av den aktiviteten apotekenes salg til sykehusene faktisk representerer. I realiteten representerer apotekenes omsetning til sykehusene en større del av deres aktivitet enn årsrapportene og salgstall isolert sett gir uttrykk for. Sykehusapotekene utfører videre en rekke oppgaver for sykehusene utover de rene salgsoppgavene. En del mindre regningssvarende aktivitet utføres også til fordel for sykehusapotekene. Det er mitt inntrykk at heller ikke denne aktivitetens omfang er representert i et slikt omfang i regnskapene at de rene regnskapstall kan gi et korrekt bilde av omfanget av sykehusapotekenes aktivitet i forhold til sykehusene. Sykehusapotekene har langt flere konkrete ekstratiltak rettet mot sykehusene og deres pasienter enn de har mot sine øvrige kunder. Derfor taler kvalitative elementer for at en relativt større del av sykehusapotekenes virksomhet er rettet mot sykehusene og deres pasienter enn det regnskapene isolert sett gir inntrykk av.

#### 5.4.3 Konklusjon - omsetningskriteriet

En samlet vurdering av kvantitative og kvalitative momenter taler derfor for at sykehusapotekenes virksomhet utøves med sykehusene i tilstrekkelig grad til å tilfredsstille omsetningskriteriet.

#### 5.4.4 Oppsummering - konklusjon på spørsmålet om egenregi

Egenregispørsmålet består av to vilkår, kontrollkriteriet og omsetningskriteriet, som begge må være oppfylt for at transaksjonene skal kunne regnes som foretatt i egenregi. I forhold til sykehusenes innkjøp av apotekvarer fra sykehusapotek er ikke kontrollkriteriets krav oppfylt. De kravene omsetningskriteriet stiller er tilfredsstilt. Ettersom kontrollkriteriets krav ikke er oppfylt, kan ikke sykehusenes innkjøp av apotekvarer anses for å være utført i egenregi. Konsekvensen av dette er at reglene om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse ved sykehusenes innkjøp av legemidler fra sykehusapotekene.

## 6 Reglene om statsstøtte

EØS-avtalen art. 61 flg. inneholder regler om statsstøtte. Formålet med disse er å forebygge og motvirke de negative markedsmessige konsekvensene statsstøtte kan medføre.

I den videre fremstilling er EØS-avtalens art. 61.1 det sentrale bestemmelsesstedet: ”Med de unntak som er fastsatt i denne avtale, skal støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller påvirke produksjonen av enkelte varer, være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene.”

Private så vel som offentlige foretak er underlagt statsstøttereglene. Apotekforetakene er fritatt fra skatteplikt. Det samme gjaldt sykehusapotekene som var organisert i et ansvarlig selskap. I det følgende vurderes om det generelle skattefritaket kan utgjøre ulovlig statsstøtte etter EØS-avtalens regler.

Eventuelle spørsmål om reversering<sup>203</sup> av ulovlig statsstøtte og andre statsstøtterettslige sanksjoner ikke vil behandles i denne fremstillingen.

### 6.1 Bakgrunn - helseforetaklovens forarbeider

Forarbeidene til helseforetaksloven behandler kort spørsmålet om statsstøtte til helseforetak generelt. Det som kort sies om forholdet mellom statsstøttereglene og helseforetakene siteres her i sin helhet:

---

<sup>203</sup> Terminologien er hentet fra Hjelmeng (2004).

”Så langt departementet kjenner til har ikke EØS-reglene for statsstøtte vært noe aktuelt tema i forhold til det offentliges ansvar og rolle i organiseringen og finansieringen av helsetjenester i EU eller andre deler av EØS-området. EØS-reglene om statsstøtte gjelder imidlertid for konkurransen mellom offentlige og mellom private og offentlige tilbydere av helsetjenester. Reglene kan aktualiseres i forhold til nisjer i markedet som tradisjonelt har vært betjent av private tilbydere. Dersom det offentlige selv eller offentlig finansierte tilbydere utvider sin virksomhet til å konkurrere i slike markedsnisjer, kan det ikke utelukkes at reglene blir trådd for nære. Det samme kan være tilfelle dersom det utvikler seg nye markeder for helsetjenester. For regionale helseforetak og helseforetak vil dette ikke være noen praktisk problemstilling. De skal betjene allmennhetens behov for spesialisthelsetjenester som i hovedsak er finansiert av det offentlige. For de private sykehusene som mottar driftsstøtte fra regionale helseforetak kan situasjonen være annerledes. I en eventuell konkurranse med andre private aktører er det en viss fare for at den statlige støtten kan krysssubsidere den delen av virksomheten som eventuelt konkurrerer i slike markeder.”<sup>204</sup>

Forarbeidene vurderer ikke om statsstøttere reglene kan komme til anvendelse i forhold til annen virksomhet enn tilbydelse av spesialisthelsetjenester som helseforetakene er forutsatt å drive med allerede ved utformingen av helseforetaksloven.<sup>205</sup> Det tas kun stilling til at statsstøttere reglene kan komme til anvendelse hvis helseforetakene skulle begynne å operere på ”nisjer i markedet” som tradisjonelt har vært betjent av private tilbydere, men denne potensielle situasjonen avfeies kort uten annen begrunnelse enn at dette ikke vil ”være noen praktisk problemstilling” for helseforetakene, dette fordi helseforetakene skal tilby ”spesialisthelsetjenester som i hovedsak er finansiert av det offentlige”. Dette er tilfellet når det kommer til sykehusene, men når det gjelder sykehusapotekene, driver ikke disse primært med tilbydelse av helsetjenester. Allerede ved tidspunktet for helseforetakslovens

---

<sup>204</sup> Ot.prp. nr. 66 (2000-2001) s. 88-89.

<sup>205</sup> Se for eksempel Ot.prp. nr. 66 (2000-2001) s. 24-25 der det er helt klart at sykehusapotekene forutsettes organisert etter helseforetaksloven.

utforming var det klart at sykehusapotekene skulle kunne organiseres i egne helseforetak.<sup>206</sup> En rekke sykehusapotek ble organisert som helseforetak umiddelbart etter lovens ikrafttredelse. Sykehusapotekene konkurrerte også før helseforetaksreformen med private ved at de solgte apotekvarer til andre enn offentlige sykehus, og ved at private apotek til en viss grad solgte apotekvarer til offentlige sykehus.

Under pkt. 4.3 er det redegjort for hvordan de lovfestede rammene for sykehusapotekenes virksomhet har blitt endret de siste årene. Endringene medførte at det er en videre rettslig adgang for sykehusapotekene til å delta i konkurransen på det alminnelige apotekmarkedet. Eventuelle problemer som kan tenkes å oppstå i forbindelse med dette blir ikke nevnt eller vurdert i forarbeidene.

Den manglende vurderingen av disse forholdene er noe oppsiktsvekkende, særlig sett på bakgrunn av uttalelsene i apoteklovens forarbeider, i NOU 1997: 6 der skattefritak for sykehusapotek diskuteres, riktignok uten at det uttrykkelig tas stilling til EØS-rettens statsstøtteregler: ”Sykehusapotekene betaler i dag ikke skatt av eventuelle overskudd. Dagens organisering av fylkeskommunale apotek innebærer derfor en favorisering av sykehusapotekene, og et indirekte subsidie til fylkeskommunene. Dersom offentlige apotek konkurrerer om de samme kundene som private apotek, må de være underlagt samme offentlige reguleringer, herunder bl.a. skatteregler.”<sup>207</sup> Dette standpunktet følges ikke opp nærmere i apoteklovens forarbeider, og kommenteres som nevnt heller ikke i helseforetakslovens forarbeider. Det ovenfor siterte tyder på at det ikke ble foretatt en tilstrekkelig grundig overveielse av de juridiske forhold rundt organiseringen av sykehusapotekene.

I det følgende undersøkes hvorvidt skattefritaket som gjelder for apotekforetakene, og som har gjort seg gjeldende for sykehusapotekene organisert som ansvarlig selskap, kan anses som statsstøtte i EØS-avtalens forstand.

---

<sup>206</sup> L.c.

<sup>207</sup> Se NOU 1997: 6 s. 134-135.

## 6.2 Statsstøtte

Etter EØS-avtalens art. 61.1 skal ”støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak (...) være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene.” Ordlyden ”støtte gitt av statsmidler i enhver form” gir anvisning på at støttebegrepet må tolkes vidt. En rekke statlige tiltak som ikke ville blitt regnet som ”støtte” etter en nøktern språklig forståelse av ordet har av EF-domstolen blitt regnet som støtte. Det gjelder visse konkrete grenser for den vide fortolkning. Én absolutt skranke er at det offentlige tiltaket må representere en økonomisk verdi for mottakeren.<sup>208</sup>

I det videre knyttes det under pkt. 6.2.1 noen korte kommentarer til hvorvidt statens ubegrensede ansvar for helseforetakenes forpliktelser kan utgjøre en form for statsstøtte før drøftelsen fra 6.2.2 flg. utelukkende knyttes til statsstøttereglenes forhold til det generelle skattefritaket som gjelder for helseforetak.

### 6.2.1 Nærmere om statens ansvar for helseforetakets forpliktelser

Staten har ubegrenset ansvar for helseforetakenes forpliktelser (hlfrt. § 7). I forarbeidene er dette bare begrunnet på et helt generelt grunnlag. Begrunnelsen går ut på at spesialisthelsetjenesten er en helt grunnleggende del av velferdssamfunnet. Staten kan ikke fri seg fra ansvaret for å dekke befolkningens grunnleggende behov ved å tillate at driften legges ned på bakgrunn av helseforetakenes egne sviktende økonomi.<sup>209</sup> Til tross for at det ubegrensede ansvaret er begrunnet med statens ansvar for å dekke befolkningens grunnleggende behov for helsetjenester, har staten også et ubegrenset ansvar for sykehusapotekenes forpliktelser. Apotekforetakene omfattes av den samme bestemmelsen som sykehusforetak. Et lignende ubegrenset ansvar gjaldt for sykehusapotekene i

---

<sup>208</sup> Se Sejersted m.fl. (2004) s. 583 med videre henvisninger.

<sup>209</sup> Ot.prp. nr. 66 (2000-2001) s. 133.

Helseregion Sør-Øst da disse var organisert som et ansvarlig selskap, basert på de alminnelige ansvarsreglene for ansvarlige selskaper (sel. § 2-4).<sup>210</sup>

Utover dette ubegrensede ansvaret bestemmer helseforetaksloven § 5.4 at det ikke kan åpnes konkurs eller gjeldsforhandling og at helseforetakenes eiendeler heller ikke kan være gjenstand for utlegg eller arrest. Tilsvarende regler gjaldt ikke for sykehusapotekene organisert som ansvarlig selskap. Ved siden av det omtalte ubegrensede ansvaret, vil disse fordelene kun ha begrenset betydning, og vil ikke behandles nærmere i det følgende.

For å ta stilling til om det ubegrensede ansvaret kan utgjøre en form for støtte er det nødvendig med en kort gjennomgang av ansvarets nærmere innhold.

Etter helseforetaksloven har staten et ubegrenset ansvar for det regionale helseforetakets forpliktelser, og det regionale helseforetak har et ubegrenset ansvar for det lokale helseforetakets forpliktelser (hlfrt. § 7.1) I forhold til det tidligere Sykehusapotekene ANS hadde Helse Sør-Øst RHF et lignende ubegrenset ansvar etter sel. § 2-4. Dermed hadde staten i prinsippet et ubegrenset ansvar for alle sykehusapotekene, også før alle ble organisert som helseforetak.

Etter hlfrt. § 7.2 kan ikke en fordringshaver som søker dekning for sitt krav uten videre rette krav direkte mot eier av helseforetaket. Det er en forutsetning at kreditorene søker dekning hos helseforetaket før det søker dekning hos eier. Dette er noe av bakgrunnen for at helseforetaket skal ha en egenkapital som skal stå i forsvarlig forhold til dets virksomhet

---

<sup>210</sup> Statens ansvar for helseforetakets forpliktelser ligner den type ansvar som vanligvis karakteriseres som et ubegrenset ansvar. Dette medfører ikke at statens ansvar gjelder helt uten begrensninger i praksis. Helseforetaket vil ikke kunne holdes til ansvar for forpliktelser pådratt av en representant for foretaket som går ut over sin myndighet og medkontrahenten forstod eller burde forstått at myndigheten ble overskredet (jf. hlfrt. § 40). Tilsvarende regler gjelder for ANS ved at det kan avtales begrensninger i forhold til deltakernes representasjonsrett utad (jf. sel. §§ 2-21 og 2-22). Ettersom det ikke tas sikte på å skissere opp en detaljert fremstilling av det ubegrensede ansvaret, vil ikke disse begrensningene vurderes nærmere i det følgende.

(§ 14). Forarbeidene presiserer at egenkapitalens størrelse vil avhenge av en skjønnsmessig vurdering, hvor vesentlige momenter er omfanget av og risikoen forbundet med virksomheten.<sup>211</sup> Har en kreditor et krav som ikke er ”betryggende sikret” og som er forfalt og ”klart” og som allerede er gjort gjeldende mot foretaket kan kreditor gjøre det gjeldende mot staten som eier (§ 7.2). Den nærmere prosedyren for innkreving er fastslått i den samme bestemmelsen som bygger på (men avviker på vesentlige punkter fra) regelen for ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (sel. § 2-4). Etter bestemmelsen i sel. § 2-4 hadde staten som nevnt også et ubegrenset ansvar for forpliktelsene til tidligere Sykehusapotekene ANS. For å gjøre fremstillingen mest mulig oversiktlig og kortfattet vil den i det følgende konsentreres om helseforetakslovens regler. Drøftelsen er imidlertid relevant i forhold til det lignende ansvaret staten hadde for sykehusapotekene som var organisert som et ansvarlig selskap.<sup>212</sup>

Statsgarantier vil kunne regnes som en form for statsstøtte etter EØS-avtalen art. 61.1. Inntil nylig hadde staten et ubegrenset ansvar for statsforetakene som lignet på det ansvaret staten nå har for helseforetakene. Etter disse bestemmelsene kunne riktignok statsforetaket bli krevd oppløst dersom det var grunn til å tro at foretaket ikke kunne oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfalt, men staten som eier var etter oppløsningen ansvarlig for å skyte inn midler i foretaket til nødvendig dekning av kreditorenes krav.<sup>213</sup> I 2002 fattet ESA et vedtak hvor det ble konstatert at garantiordningen i statsforetaksloven innebar statsstøtte i strid med EØS-avtalens art. 61.1.<sup>214</sup> Statsforetaksloven fikk dermed nye regler i §§ 4a, 51 og 53 som fastslår at staten ikke hefter ubegrenset for foretakets forpliktelser.<sup>215</sup>

---

<sup>211</sup> Ot.prp. nr. 66 (2000-2001) s. 136.

<sup>212</sup> Disse ansvarsgrunnlagene er som nevnt, ikke helt identiske. Imidlertid er forskjellene ikke vesentlige i denne sammenheng.

<sup>213</sup> Se Ot.prp. nr. 13 (2002-2003) s. 8 for en nærmere redegjørelse for disse reglene.

<sup>214</sup> ESA beslutning 236/02/COL - EFTA Surveillance Authority decision of 4 December 2002 to propose appropriate measures to Norway with regard to State aid in the form of guarantees under the Act on State Enterprises (“Lov om statsforetak”)

<sup>215</sup> For en nærmere redegjørelse for et konkret statsforetaks forhold til statsstøttereglene, se Lund (2002) om det tidligere stasforetaket Statkraft SF. Statkraft er nå organisert som aksjeselskap.



Ubegrensede statsgarantier er stadig aktuelle i statsstøtterettslig lys innen EØS. Den 23. oktober 2007 åpnet Kommisjonen en granskning av den franske statens ubegrensede ansvar for postoperatøren La Poste.<sup>216</sup>

Spørsmålet i det følgende er om de faktiske forhold er slik at det ubegrensede ansvaret kan karakteriseres som en form for statsstøtte til fordel for sykehusapotekene etter EØS-avtalens art. 61.1. Et av minimumsvilkår for at et tiltak skal kunne representere en form for støtte er at tiltaket representerer en økonomisk verdi for mottakeren. Spørsmålet er om dette er tilfellet hva angår statens ubegrensede ansvar.

Apotekforetakene har ikke en alminnelig adgang til å ta opp lån på det frie kredittmarkedet. Dersom sykehusapotekene hadde hatt en slik adgang, ville statens ubegrensede ansvar for deres forpliktelser normalt representere en form for støtte med økonomisk verdi, såfremt sykehusapotekene ikke betalte et markedsmessig vederlag for garantistillelsen.<sup>217</sup> Fordelen ville bestå av at sykehusapotekene uten å betale vederlag for garantistillelsen ville kunne oppnå gunstige lån, ettersom kreditorene i realiteten ikke ville ha noen tapsrisiko på bakgrunn av statens ansvar.

Helseforetaksloven § 33 åpner likevel for at helseforetak skal ha rett til å ta opp lån dersom dette fastsettes i vedtektene. I så fall må helseforetakets vedtekter angi rammer for låneopptak (hlfrt. § 11.1 nr. 8). Lånerammens omfang begrenses ytterligere av vedtektene til det RHF som eier sykehusapoteket siden lånerammene for alle helseforetak i en helseforetaksgruppe ikke må overstige den samlede lånerammen som etter

---

<sup>216</sup>

Se:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1572&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (hentedato: 25.10.2007).

<sup>217</sup> Se Guidelines on the application and interpretation of Articles 61 and 62 of the EEA Agreement and Article 1 in Part I of Protocol 3 to the Surveillance and Court Agreement, Adopted and issued by the EFTA Surveillance Authority on 19 January 1994, Del V 2.1 (2): “The benefit of a state guarantee is that the risk associated with the guarantee is carried by the State. This carrying of a risk by the State should normally be remunerated by an appropriate premium.”

hlfrt. § 10.1 nr. 7 skal være fastsatt for det regionale helseforetaket i helseforetaksgruppen.<sup>218</sup>

I utgangspunktet er sykehusapotekenes anledning til å oppta lån begrenset til låneopptak fra sine eiere.<sup>219</sup> I Region Midt-Norge har sykehusapotekene imidlertid en videre anledning til å oppta lån, ved at sykehusapotekene kan oppta lån fra andre helseforetak innen samme helseforetaksgruppe. Sykehusapotekenes årsrapporter viser at sykehusapotekene til en viss grad har gjeld til sine eiere.<sup>220</sup> Jeg har ikke fått tilgang på konkrete detaljer rundt disse låneavtalene, så disse vil ikke behandles nærmere i det følgende. Det skal bare kort presiseres at slike lån i prinsippet må vurderes etter det markedsøkonomiske investorprinsipp. Dette medfører at slike lån kan utgjøre statsstøtte dersom lånevilkårene er gunstigere enn vilkår et datterselskap ellers ville kunne oppnådd fra sitt morselskap ellers i markedet.<sup>221</sup> Generelt sett vil det kunne være en del spesielle forhold som tilsier at et lån fra et morselskap til et datterselskap kan ytes ut fra andre grunner enn rene økonomiske profittbetraktninger i snever forstand. Men er lånedisposisjonen av en slik karakter at en alminnelig privat investor ikke ville inngått en tilsvarende låneavtale, vil lånet stå i fare for å kunne karakteriseres som statsstøtte.

---

<sup>218</sup> Se Ot.prp. nr. 66 (2000-2001) s. 145.

<sup>219</sup> Se vedtektene til apotekforetakene i Nord § 9, tilgjengelig på: <http://www.sykehusapotek-nord.no/category13435.html> (hentedato: 8.1.2008), Midt-Norge § 10, tilgjengelig på: [http://www.helse-midt.no/templates/Page\\_71972.aspx](http://www.helse-midt.no/templates/Page_71972.aspx) (hentedato: 8.1.2008), Vest § 10, ikke tilgjengelig på internett, og Sør-Øst § 9, tilgjengelig på: [http://www.helse-sorost.no/modules/module\\_123/proxy.asp?D=2&C=29&I=465](http://www.helse-sorost.no/modules/module_123/proxy.asp?D=2&C=29&I=465) (under linken ved saksnummer 75-2007 kalt "vedlegg") (hentedato: 8.1.2008). Se også selskapsavtalen for det tidligere Sykehusapotekene ANS i Helse Sør-Øst pkt. 14 tilgjengelig på: <http://www.sykehusapotekene.no/Styret/2005-06-08%20Innkalling%20Intranett.doc> (se side 11-16 i dokumentet) (hentedato: 8.1.2008).

<sup>220</sup> Utover gjeld til eier har flere av sykehusapotekene gjeld til andre lokale helseforetak. Etter vedtektene er det bare sykehusapotekene i Helse Vest som har anledning til å oppta lån hos andre lokale helseforetak.

<sup>221</sup> Det markedsøkonomiske investorprinsipp er utviklet av Kommisjonen. EF-domstolen har anvendt og videreutviklet prinsippet i en rekke saker. Se Sejersted m.fl. (2004) s. 585-590 for en nærmere redegjørelse for prinsippet.

Som nevnt har ikke sykehusapotekene adgang til å oppta lån i det frie kapitalmarkedet. Sykehusapotekene har pr. dags dato bare adgang til å oppta lån fra andre helseforetak. Helseforetaksloven § 33 åpner, som nevnt, for at helseforetakene skal kunne ta opp lån fra andre enn helseforetak ved en vedtektsendring. Lite tyder på at en slik vedtektsendring er nært forestående, men skulle en slik endring bli aktuell er det viktig at statsstøttereglene tas i betraktning.

Forbudet mot eksterne lån har i praksis ikke blitt tolket som et forbud mot å kjøpe varer på kreditt, og på den måten stifte gjeld i form av driftskreditt. I praksis viser sykehusapotekenes årsrapporter og regnskap at disse til dels har relativt store beløp utestående hos sine leverandører. Sykehusapotekenes årsrapporter viser at disse til sammen hadde en leverandørgjeld på omtrent 438 millioner kroner ved utgangen av regnskapsåret 2006. I denne sammenheng kan statens ubegrensede ansvar for sykehusapotekenes forpliktelser utgjøre en form for statsstøtte. Bakgrunnen for dette er at sykehusapotekene potensielt kan oppnå bedre driftskredittbetingelser hos sine leverandører enn det andre aktører, som ikke er dekket av en tilsvarende garanti, ville gjort.

Jeg har ikke fått tilgang på nærmere informasjon om denne driftskreditten, og sitter ikke på informasjon om hvordan driftskredittordninger fungerer i apoteksektoren generelt og vil derfor ikke behandle disse spørsmålene i det følgende. Formålet med denne gjennomgangen er bare å rette søkelyset mot potensielle problemer tilknyttet statens ubegrensede ansvar for helseforetakenes forpliktelser, i den forstand at dette kan utgjøre en form for statsstøtte til fordel for sykehusapotekene.

## 6.2.2 Skattefritak som statsstøtte

Når det gjelder skattefritak er det ikke uten videre språklig nærliggende å regne dette som støtte ”gitt av statsmidler”. Det som karakteriserer skattefritak er at den som blir fritatt for skatteplikten ikke må betale skatt til staten, ikke at den fritatte mottar en ytelse. EF-domstolen fant imidlertid tidlig at skattefritak kan representere en form for statsstøtte. I *Steenkolenmijnen*-avgjørelsen fra 1961, som gjaldt lovligheten av et skattefritak som gjaldt

for gruvearbeidere i Tyskland, uttalte domstolen følgende om støttebegrepet: "A subsidy is normally defined as a payment in cash or in kind made in support of an undertaking other than the payment by the purchaser or consumer for the goods or services which it produces. An aid is a very similar concept, which, however, places emphasis on its purpose and seems especially devised for a particular objective which cannot normally be achieved without outside help. The concept of aid is nevertheless wider than that of a subsidy because it embraces not only positive benefits, such as subsidies themselves, but also interventions which, in various forms, mitigate the charges which are normally included in the budget of an undertaking and which, without, therefore, being subsidies in the strict meaning of the word are similar in character and have the same effect."<sup>222</sup> Fritak for skatteplikt kan dermed regnes som en form for støtte. Avgjørelsen har blitt fulgt opp av en rekke senere avgjørelser. I *Ecotrade*-avgjørelsen uttaler domstolen: "Som Domstolen allerede har fastslået, er støttebegrepet mere generelt end tilskudsbegrepet, fordi det ikke blot omfatter positive ydelser såsom selve tilskuddene, men ligeledes de indgreb, der under forskellige former letter de byrder, som normalt belaster en virksomheds budget, og derved, uden at være tilskud i ordets egentlige forstand, er af samme art og har tilsvarende virkninger".<sup>223</sup>

Videre har Kommisjonen kommet med en meddelelse om anvendelsen av statsstøttereglene i forbindelse med skattlegging av virksomheter.<sup>224</sup> Kommisjonen gjør det klart at skattefritak vil kunne omfattes av støttebegrepet: "For det andet skal fordelene være ydet af staten eller ved hjælp af statsmidler. Et tab af skatteprovenu svarer til et forbrug af

---

<sup>222</sup> Sak 30/59, *De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg mot ECSC High Authority*, Saml. 1961 s. 3 se avgjørelsens side 19.

<sup>223</sup> Sak C-200/97, *Ecotrade Srl mot Altiforni e Ferriere di Servola SpA (AFS)*, Saml. 1998 s. I-7907 premiss 34. Denne uttalelsen er bekreftet i en rekke senere saker, se for eksempel de forente sakene C-393/04 og C-41/05, *Air Liquide Industries Belgium SA mot Ville de Seraing og Province de Liège*, Saml. 2006 s. I-5293 premiss 30.

<sup>224</sup> Se EU-tidende 1998 nr. C 384 s. 3-8, 10.12.1998 Meddelelse fra Kommisjonen "om anvendelsen af statsstøttereglerne på foranstaltninger vedrørende direkte beskatning af virksomhederne".

statsmidler i form af skatteudgifter.”<sup>225</sup> Ifølge Kommisjonen vil fritak for skatteplikt for offentlig eide foretak kunne representere støtte: ”Flere medlemsstater anvender forskjellige fiskale bestemmelser afhængigt af virksomhedernes status. En række statslige virksomheder er således fritaget fra lokale skatter eller fra selskabsskat. Sådanne regler, som begunstiger virksomheder med retlig status som statslig virksomhed, der udøver erhvervsaktivitet, kan udgøre statsstøtte efter traktatens artikel 92.”<sup>226</sup>

Det er dermed klart at skattefritak kan representere en form for statsstøtte, og at også skattefritak som gjelder for offentlig eide foretak kan representere en form for statsstøtte.

### 6.2.3 Nærmere om skattefritaket

Statlig virksomhet er i stor utstrekning unntatt skatteplikt. Etter skatteloven<sup>227</sup> § 2-30.1 bokstav b er ”staten – herunder statlig institusjon, innretning eller fond” fritatt for skatteplikt. Dette unntaket gjelder bare i de tilfeller der virksomheten er organisert som en del av staten som rettssubjekt. Helseforetak er organisert som egne rettssubjekter utenfor staten. Statlig virksomheter organisert som egne rettssubjekter, faller utenfor denne unntaksregelen, og omfattes dermed som hovedregel av skatteplikt på samme måte som privat næringsvirksomhet.<sup>228</sup>

Det finnes imidlertid videre unntak for fritak for skatteplikt for offentlig eid virksomhet. Skatteloven § 2-30.1 bokstav g nr. 5 representerer et slikt unntak. Etter denne bestemmelsen er helseforetak fritatt for skatteplikt.

---

<sup>225</sup> Ibid. pkt. 10.

<sup>226</sup> Ibid. pkt. 19. EFT Artikkel 92 tilsvarer den nåværende EFT art. 87 som tilsvarer EØS-avtalens art. 61.

<sup>227</sup> Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars 1999 nr. 14 (sktl.)

<sup>228</sup> Se Frederik Zimmer i note 79 i Norsk lovkommentar – Norsk Elektronisk Skattebibliotek kommentar til sktl. § 2-30.1 bokstav b, tilgjengelig på: <http://www.reettsdata.no/> (tilgang forutsetter innlogging) (hentedato: 11.1.2008).

Fritaket er utformet helt generelt. Det er ikke gjort unntak for sykehusapotek organisert som helseforetak, selv om disse driver en virksomhet som i stor grad skiller seg fra den virksomhet som drives i sykehusene, ved at den er betraktelig mer markedsrettet. Helseforetakenes fritak for skatteplikt etter skatteloven kommenteres ikke nærmere i forarbeidene til helseforetaksloven som naturlig nok foranlediget den aktuelle bestemmelsen i skatteloven. Det er mest nærliggende å legge til grunn at det ble gjort et unntak for helseforetakene fordi disse egentlig ikke er forutsatt å drive næringsvirksomhet. Tatt i betraktning at sykehusapotek til en viss grad driver konkurranserettet forretningsvirksomhet er dette helt generelle skattefritaket noe oppsiktsvekkende.<sup>229</sup>

Sykehusapotekene som var organisert som ansvarlige selskaper, var også fritatt for skatteplikt. Dette følger av at ansvarlige selskap ikke er egne skattesubjekter (sktl. § 2-2.2 bokstav a). Disse skattlegges på eiers hånd (§§ 2-2.3 og 10-40 flg.).<sup>230</sup> Ettersom eieren/eierne var organisert som RHF,<sup>231</sup> var også sykehusapotekene organisert som ANS fritatt for skatteplikt.<sup>232</sup>

Som en forutsetning for den videre drøftelse er det nødvendig med en nærmere gjennomgang av hva skattefritaksregelen som gjelder for helseforetak innebærer i praksis.

Spørsmålet er hva fritak for skatteplikt etter skatteloven (§ 2-30.1 bokstav g nr. 5) innebærer. Unntaket medfører at sykehusapotekene er fritatt fra de skatter som ilegges i kraft av skatteloven. Unntaket medfører med andre ord ikke at sykehusapotekene er fritatt fra skatter og skattelignende avgifter ilagt i kraft av annen lovgivning.

---

<sup>229</sup> Dette er særlig oppsiktsvekkende at skattefritaket ikke er vurdert nærmere med tanke på uttalelsene om skattefritak for sykehusapotek i NOU 1997: 6 s. 134-135, sitert ovenfor under pkt. 6.1.

<sup>230</sup> For mer om skattlegging av ANS og dets eiere, se Zimmer (2006) s. 465 flg.

<sup>231</sup> Sykehusapotekene ANS var eid av Helse Sør RHF og Helse Øst RHF i fellesskap før disse slo seg sammen og dannet Helse Sør-Øst RHF.

<sup>232</sup> Se pkt. 6.2.4.4 for en nærmere redegjørelse.

Av de mest vanlige skattelignende avgiftene skal det nevnes at helseforetakene er pliktige til å betale arbeidsgiveravgift (jf. ftrl. § 23-2).<sup>233</sup>

I tillegg til dette er helseforetakene i utgangspunktet underlagt lov om merverdiavgift.<sup>234</sup> Merverdiavgiften er en avgift på omsetning av varer og tjenester.

Stortinget ba i 2004 regjeringen om å vurdere endringer i lov om kompensasjon av merverdiavgift.<sup>235</sup> Ved utredningen ble det vurdert om helseforetak skulle omfattes av momskompensasjonsordningen. Arbeid med en varig ordning for momskompensasjon er underveis og loven har foreløpig ikke blitt endret. Tatt i betraktning at ESA 3. mai 2007 fattet et formelt vedtak om at de anser momskompensasjonsordningen for å være i strid med statsstøttereglene,<sup>236</sup> og at regjeringen derfor ikke ønsker en umiddelbar utvidelse av ordningen, er det tvilsomt om den blir utvidet til å også omfatte helseforetakene i den nærmeste fremtid.<sup>237</sup>

Ettersom sykehusapotekene er underlagt lov om merverdiavgift må disse, på lik linje med andre apotek, yte merverdiavgift på varer og tjenester de kjøper og forbruker. Videre må sykehusapotekene kreve inn merverdiavgift på vegne av staten for varer og tjenester de selger til andre. Dette siste er ikke egentlig en avgift som hviler på sykehusapotekene, men på de som handler med sykehusapotekene, fordi avgiften er en form for beskatning av forbruk som skal overveltes fremover i omsetningskjeden og til slutt treffe forbrukeren. Det er likevel naturlig å nevne dette i denne sammenhengen, siden det ville vært en fordel også for sykehusapotekene om kundene deres ikke trengte å betale mva. på varer de kjøpte fra

---

<sup>233</sup> Arbeidsgiveravgiften omtales som en avgift, men kan anses som en slags skatt på arbeidskraft.

<sup>234</sup> Lov om merverdiavgift av 19. juni 1969 nr. 66 (mval.)

<sup>235</sup> Lov om kompensasjon av merverdiavgift for kommuner, fylkeskommuner mv. av 12. desember 2003 nr. 108.

<sup>236</sup> ESAs beslutning 155/07/COL – The EFTA Surveillance Authority decision of 3 May 2007 on state aid granted in connection with Article 3 of the Norwegian Act on compensation for value added tax (VAT).

<sup>237</sup> Se St.meld. nr. 2 (2006-2007) s. 56-59.

dem. Dette ville ført til at helseforetakene ville kunne fått et konkurransefortrinn ved at de kunne selge varene til en lavere pris.

Etter mval. § 5b første ledd nr. 1 er ”helsetjenester og helserelaterte tjenester” unntatt fra merverdiavgift, dermed vil store deler av alle *helseforetakenes* virksomhet være unntatt merverdiavgiftsordningen. Likevel vil store deler av *sykehusapotekenes* kjøp og salg av apotekvarer være omfattet, ettersom den alt overveiende delen av sykehusapotekenes aktivitet ikke kan regnes som tilbydelse av helsetjenester eller helserelaterte tjenester.<sup>238</sup> Siden unntakene fra merverdiavgiftssystemet er konkret avgrenset til å gjelde helsetjenester og helserelaterte tjenester, vil dette ikke kunne skape de samme problemene i forhold til statsstøttoreglene, ettersom dette er et konkret begrunnet unntak, og ikke et generelt fritak som skattefritaket i sktl. § 2-30.1 bokstav g nr. 5. Av den grunn vil ikke disse unntakene behandles nærmere i det følgende.

Det generelle skattefritaket er som nevnt begrenset til å gjelde de skatter som er ilagt i kraft av skatteloven. De aktuelle skattene i denne sammenhengen er fritak fra å betale skatt på inntekt og formue. Når det gjelder fritak fra formuesskatten fremtrer ikke dette som en særlig fordel, ettersom andre sammenlignbare selvstendige skattesubjekter også er fritatt fra formuesskatten; aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper (sktl. § 2-36.1 bokstav a), statsforetak (§ 2-36.1 bokstav d) og interkommunale selskaper (§ 2-36.1 bokstav b jf. § 2-2.1 bokstav g). Videre er de overnevnte fritatt for skatteplikt til kommune og fylkeskommune (§§ 2-36.2 og 3-2). Selskaper og andre innretninger svarer med andre ord bare skatt til staten (sktl. §§ 1-2.3 og 15-1 jf. Stortingets skattevedtak for 2007<sup>239</sup> § 3-3). Etter dette er det sykehusapotekenes generelle fritak fra alminnelig inntektsskatt til staten som er det sentrale i denne sammenhengen.

For å kunne fastsette omfanget av fordelene sykehusapotekene oppnår på bakgrunn av fritaket for alminnelig inntektsskatt, er det nødvendig å gå nærmere inn på de materielle

---

<sup>238</sup> Se pkt. 2.2.

<sup>239</sup> Forskrift av 28. november 2006 nr. 1336 Stortingets skattevedtak for inntektsåret 2007.



reglene om beregning av inntektsskatt. Først må det tas stilling til hvordan helseforetakene ville blitt beskattet dersom de hadde hatt plikt til å betale inntektsskatt.

Når det gjelder reglene om hvordan beskatning skal foregå, eksisterer det et grunnleggende skille mellom selvstendige og uselvstendige skattesubjekter i norsk skatterett. Skillet har betydning for hvem som er subjekt for skattelegging og for hvordan reglene om skattlegging av overskudd kommer til anvendelse.<sup>240</sup>

Som nevnt er staten fritatt for skatteplikt (sktl. § 2-30.1 bokstav b). Dersom helseforetakene ikke hadde vært egne skattesubjekter ville staten vært skattesubjektet for helseforetakenes virksomhet. At helseforetak eksplisitt unntas skattlegging i sktl. § 2-30.1 bokstav g nr. 5 syntes dermed å bygge på en forutsetning om at helseforetakene er egne skattesubjekter. I det følgende legges det på bakgrunn av dette til grunn at helseforetakene ville blitt skattlagt som selvstendige skattesubjekter. Uavhengig av hvordan helseforetakene ville blitt karakterisert har skatterettens nøytralitetshensyn, som innebærer at valg av rettslig form for virksomhetsutøvelse bør ha minst mulig skattemessig betydning,<sup>241</sup> fått større gjennomslag ved skattereformen av 1992.<sup>242</sup> Dermed er forskjellene i forhold til skatteberegningen til selvstendige og uselvstendige skattesubjekter ikke lenger like store som de en gang var.

Utgangspunktene for beregningen av den eventuelle skattebyrden til sykehusapotekene organisert som ANS vil kommenteres nærmere i den følgende drøftelse.

Alminnelig skattepliktig inntekt beregnes i hovedsak etter skattelovens kap. 5 om bruttoinntekter og kap. 6 om fradrag. De praktisk viktigste alminnelige inntektstypene for sykehusapotekene er virksomhetsinntekt og kapitalinntekt.<sup>243</sup> Hoveddelen av

---

<sup>240</sup> Se Zimmer (2005) s. 371- 386, se særlig s. 381.

<sup>241</sup> Ibid. s. 33.

<sup>242</sup> Se Zimmer (2001) s. 45-46.

<sup>243</sup> Se årsrapportene for de forskjellige sykehusapotekene. Henvisning til hvor disse er tilgjengelige følger pkt. 6.2.4 flg.

sykehusapotekenes inntekt er virksomhetsinntekt. Utover dette har sykehusapotekene noen kapitalinntekter. Selvstendige skattesubjekter betaler inntektsskatt på alminnelig inntekt etter en sats på 28 %.<sup>244</sup>

#### 6.2.4 Skattefritakets virkning i de forskjellige helseregionene

Gjennomgangen i det følgende har som formål å gi en oversikt over sykehusapotekenes overskudd i de forskjellige helseregionene de siste tre årene. Redegjørelsen foretas på bakgrunn av årsregnskapene til apotekforetakene i Helseregionene Nord, Midt-Norge og Vest samt Sykehusapotekene ANS i Helseregion Sør-Øst. Tallene er hentet fra sykehusapotekenes årsrapporter. Tallene er avrundet til nærmeste hundretusen, ettersom formålet ikke er å foreta eksakte beregninger.

Formålet med gjennomgangen er å konkretisere fordelene sykehusapotekene har hatt av skattefritaket som gjelder helseforetak. Formålet er, som nevnt, ikke å foreta nøyaktige utregninger, derfor er visse forenklinger foretatt ved vurderingen av skattefritakets virkning. I den følgende drøftelsen redegjøres det fortløpende for disse forenklingene.

En forenkling skal nevnes innledningsvis. I det følgende vil som nevnt sykehusapotekenes regnskap slik det fremkommer i årsrapportene legges til grunn for beregningen. Regnskapet er gjerne retningsgivende for bestemmelsen av skattegrunnlaget, men det er viktig å presisere at den konkrete utformingen av regnskapet ikke prinsipielt er avgjørende for hvordan skatten skal beregnes. Likevel er det en relativt stor grad av parallellitet mellom regnskapsregler og skatteregler slik at skattepliktig inntekt for regnskapspliktige blir

---

<sup>244</sup> De regionale helseforetakene har i prinsippet adgang til å utta utbytte fra sykehusapotekene. Dersom sykehusapotekenes virksomhet hadde vært underlagt skatteplikt er det naturlig å undersøke om slikt utbytte også ville vært skattepliktig. I tilfeller der utbytte er skattepliktig påhviler ikke denne skatten det subjektet som utdeler utbyttet, skatten påhviler mottaker. De generelle skattefritakene som gjelder for andre helseforetak enn apotekforetak vurderes ikke i denne sammenhengen. Dermed vil ikke dette vurderes nærmere.

beregnet med utgangspunkt i regnskapet.<sup>245</sup> Derfor vil skattepliktig inntekt i det følgende utelukkende beregnes ut fra regnskapene.

#### 6.2.4.1 Helseregion Nord<sup>246</sup>

##### 2006

400 000 overskudd

28 % skatt utgjør 100 000

Sykehusapotekene i Helseregion Vest opererer ikke med bonusordning.<sup>247</sup> Det beskjedne overskuddet for 2006 oppgis i årsrapporten å være et direkte resultat av en økning av salget av legemidler med lav lovfestet avanse.

##### 2005

3 800 000 overskudd

28 % skatt utgjør 1 100 000

Tall for 2004 er ikke tilgjengelig på nettsiden til sykehusapotekene i region nord. Jeg har heller ikke fått tilgang til disse tallene ved direkte henvendelse til sykehusapotekene i nord.

#### Skattefordel

---

<sup>245</sup> Se Zimmer (2005) s. 138. Denne parallelliteten skal imidlertid ikke overdrives. De siste årenes utvikling med endringen av tidfestingsreglene i sktl. kap. 14, har medført at skillet mellom regnskaps- og skattereglene har blitt noe større. Videre har skattesubjektene et visst spillerom for tilpasninger som kan føre til at den skattepliktige inntekt blir vesentlig lavere enn den regnskapsmessige. Ettersom formålet med denne fremstillingen ikke er å foreta en fullstendig behandling av skatteberegningen, legges imidlertid regnskapenes tall til grunn i det følgende.

<sup>246</sup> Årsmeldingen for 2006 for sykehusapotekene i Helseregion Nord er tilgjengelig på: <http://www.sykehusapotek-nord.no/category18487.html> (hentedato: 25.10.2007). Tallene for 2005 er basert på tall fra 2005 som finnes i Årsmeldingen for 2006.

<sup>247</sup> Se pkt. 6.2.4.2 om sykehusapotekene i Helse Midt-Norge.

Sum skattefordel 2006 og 2005 utgjør **1 200 000**

#### 6.2.4.2 Helseregion Midt-Norge<sup>248</sup>

I Helseregionene Midt-Norge opererer sykehusapotekene med en bonusordning som tilgodeser sykehusforetakene som handler hos dem. I korte trekk medfører denne bonusordningen gjerne at sykehusene som er kunder hos sykehusapotekene får en årlig bonus som beregnes i forhold til sykehusapotekenes årlige overskudd. Bonusen beregnes ut fra hvor stort overskuddet er hvert enkelt år. Bonusen trekkes ut av overskuddet i form av lavere inntekt på varesalg til sykehusene, slik at summen bonusen representerer, ikke oppføres som en del av apotekforetakets regnskapsmessige overskudd. Bonusen utgjør typisk en tilsvarende sum som det regnskapsmessige overskuddet. Sykehusapotekene opererer ikke med tilsvarende bonusordninger i forhold til sine øvrige kunder. Tar man interessefellesskapet mellom sykehusapoteket og de helseforetakene som handler med sykehusapoteket i betraktning, kan det fastslås at hvis sykehusapotekene hadde måttet betale inntektsskatt, ville dette måtte regnes som en del av sykehusapotekenes inntekt etter prinsippet i sktl. § 13-1.1. Konsekvensen av dette ville dermed være at det må regnes 28 % alminnelig inntektsskatt av hele dette beløpet, etter prinsippet i sktl. § 13-1.3 som fastsetter at inntekt må fastsettes som om interessefellesskapet ikke hadde foreligget.<sup>249</sup>

#### 2006

1 800 000 regnskapsmessig overskudd

1 800 000 bonus til helseforetakene

3 600 000 grunnlag for inntektsskatteberegning

---

<sup>248</sup> De aktuelle årsrapportene til sykehusapotekene i Helse Midt-Norge er tilgjengelige på: [http://www.sykehusapoteket.no/templates/Page\\_67329.aspx](http://www.sykehusapoteket.no/templates/Page_67329.aspx) (hentedato: 25.10.2007).

<sup>249</sup> For ordens skyld legges det til grunn at reglene om konsernbidrag etter sktl. 10-2 flg. ikke ville bli gjort gjeldende for helseforetak om de hadde vært skattepliktige etter skatteloven, siden bare sykehusapotek og ikke *sykehus* organisert i helseforetak forutsettes skattepliktig. Det er manglende legislativt grunnlag for fritak for konsernbidrag fra sykehusapotek, ettersom disse ikke ville kunne skattlegges på det bonusmottagende sykehusets hånd etter regelen i sktl. § 10-3.1.

28 % skatt utgjør 1 000 000

#### 2005

3 500 000 regnskapsmessig overskudd

3 000 000 bonus til helseforetakene

7 500 000 grunnlag for inntektsskatteberegning

28 % skatt utgjør 2 100 000

#### 2004

5 300 000 regnskapsmessig overskudd

5 500 000 bonus til helseforetakene

10 800 000 grunnlag for inntektsskatteberegning

28 % skatt utgjør 3 000 000

#### Samlet skattefordel

Sum skattefordel de siste tre årene er **6 100 000**

### 6.2.4.3 Helseregion Vest<sup>250</sup>

#### 2006

3 700 000 regnskapsmessig overskudd

28 % skatt utgjør 1 000 000

Sykehusapotekene i Helseregion Vest opererer ikke med bonusordning.

---

<sup>250</sup> Årsrapport for 2005 for sykehusapotekene i Helse Vest er tilgjengelig på: [http://www.apotekene-vest.no/eway/default.aspx?pid=269&oid=5695&trg=Main\\_5695&Main\\_5695=5682:0:21,2387:1:0:0::0:0](http://www.apotekene-vest.no/eway/default.aspx?pid=269&oid=5695&trg=Main_5695&Main_5695=5682:0:21,2387:1:0:0::0:0) (hentedato: 25.10.2007). Denne inneholder også tall fra året før, jeg har basert meg på disse. Årsrapporten fra 2006 er ikke tilgjengelig på nettet (pr. 25.10.2007). Jeg har fått tilsendt et eksemplar fra Apotekene Vest HF.

I 2005 hadde sykehusapotekene i Helseregion Vest et underskudd på 45 000, året før et underskudd på 2 300 000. Dermed har ikke helseforetakene i region vest hatt noen fordel av skattefritaket disse årene.

#### Samlet skattefordel

Jeg legger til grunn at sykehusapotekene i Helseregion Vest ville hatt anledning til å fremføre underskuddene fra tidligere år etter sktl. § 14-6.1 dersom deres virksomhet hadde vært skattepliktig. Ettersom underskuddene i den aktuelle perioden overstiger overskuddet i 2006 ville det ikke dette året vært aktuelt å beskatte overskuddet. Dermed legges det til grunn at sykehusapotekene i Helseregion Vest ikke har hatt noen fordel av skattefritaket i den aktuelle perioden.

#### 6.2.4.4 Helseregion Sør-Øst – Sykehusapotekene ANS<sup>251</sup>

Som nevnt ble Sykehusapotekene ANS omorganisert i helseforetak med virkning fra 1. januar 2008. I kraft av denne omorganiseringen er sykehusapotekene i Helse Sør-Øst underlagt det samme skatteregimet som de øvrige helseforetakene. Til tross for at sykehusapotekene i Helseregion Sør-Øst, ikke har vært, organisert som helseforetak har disse, som nevnt, også dratt fordel av skattefritaket. Bakgrunnen for dette er at ansvarlige selskaper ikke er egne skattesubjekter, og skal dermed skattlegges på eiers hånd. Sykehusapotekene ANS har som de andre sykehusapotekene vært eid av RHF. RHF er unntatt for skatteplikt etter sktl. § 2-30.1 bokstav g nr. 5.

Overskudd i ansvarlige selskaper skattlegges som nevnt på eiers hånd. Helse Sør RHF og Helse Øst RHF eide Sykehusapotekene ANS med en halvdel hver før sammenslåingen av helseregionene. Hadde inntekten til sykehusapotekene vært skattepliktig, skulle eierne skattlegges for en forholdsmessig del av det ansvarlige selskapets overskudd i forhold til eierandel (sktl. § 10-41.1). Selskapets inntekt ville blitt beregnet etter nettometoden. Dette

---

<sup>251</sup> De aktuelle årsregnskapene for sykehusapotekene i Helse Sør-Øst er tilgjengelig på: <http://www.sykehusapotekene.no/regnskap.htm> (hentedato: 25.10.2007).

medfører at inntektsberegningen foretas på selskapsplan og at skatteposisjonene knytter seg til selskapet.<sup>252</sup> *Skattesatsen* blir imidlertid beregnet på deltakers hånd.<sup>253</sup> Dermed fortøner Sykehusapotekene ANS sin skattefordel seg i prinsippet noe annerledes enn den skattefordelen de øvrige sykehusapotekene har nytt godt av.

Uavhengig av dette er imidlertid det sentrale at Sykehusapotekene ANS ikke har vært underlagt skatteplikt, og at de i så måte har nytt godt av den samme fordelene som de øvrige sykehusapotekene. Sykehusapotekenes ANS sin skattefordel må vurderes på bakgrunn av de samme premissene som skattefordelene som har virket for sykehusforetakene. Slik sett har Sykehusapotekene ANS hatt en fordel som tilsvarer sykehusforetakenes fritak fra å betale 28 % alminnelig inntektsskatt. Dette legges til grunn i den videre fremstilling.

Etter omorganiseringen til helseforetak er sykehusapotekene i Helse Sør-Øst naturligvis formelt underlagt nøyaktig den samme skatteregelen som de øvrige apotekforetakene.

Som sykehusapotekene i Midt-Norge har Sykehusapotekene ANS en bonusordning som tilgodeser de sykehusforetakene som handler med dem. Bonusen omtales i årsrapporten som en effektivitetsgevinst og ytes vederlagsfritt fra sykehusapotekene.<sup>254</sup> Den årlige bonusen avhenger av driftsresultatet,<sup>255</sup> men ikke i like stor grad som i Helse Midt-Norge. I

---

<sup>252</sup> Se Zimmer (2005) s. 382.

<sup>253</sup> Når det gjelder ANS følger de materielle reglene om hvilke inntekter som er skattepliktige, og hvilke utgifter som er fradagsberettigede, skattelovens alminnelige regler (se Zimmer (2006) s. 465). En konsekvens av at ANS skal skattlegges på eiers hånd, er at underskudd fra annen virksomhet kan komme til fradrag i overskuddet fra apotekvirksomheten. Fradrag vil naturligvis bare være aktuelt for tap som er knyttet til *en eller annen form for skattepliktig inntekt*. Siden RHF generelt er unndratt inntektsskatt, og det heller ikke her argumenteres for at RHF burde betale inntektsskatt for annet enn sykehusapotekvirksomhet, vil det likevel ikke være aktuelt med slike fradrag.

<sup>254</sup> Se Årsrapport Sykehusapotekene ANS s. 17.

<sup>255</sup> Refsum (2006) s. 91.

det følgende behandles disse bonusene på tilsvarende måte som bonusene i Region Midt-Norge.<sup>256</sup>

## 2006

- 1 500 000 regnskapsmessig underskudd

23 000 000 bonus til helseforetakene

Sykehusapotekene ANS avsatte dette året 22 000 000 for et krav fra Oslo fylkesskattekontor om etterbetaling av merverdiavgift for salg av faktorkonsentrater over en periode på tre år. Sykehusapotekene ANS har bestemt seg for å ikke uten videre å godta kravet, så vidt jeg vet har ikke saken fått en endelig løsning. I årsrapporten til Sykehusapotekene ANS vurderer sykehusapotekene selv mulighetene til å unngå kravet som relativt gode. Hadde midler ikke blitt satt til side for å dekke kravet ville sykehusapotekene hatt et regnskapsmessig overskudd på 20 500 000. Det er ikke uten videre åpenbart at dette er en fradragsberettiget utgift i skatterettslig forstand. Ettersom jeg har knyttet vurderingen av skatteplikt til det regnskapsmessige overskuddet vil det for drøftelsens del legges til grunn avsetningen er fradragsberettiget.

Det er ikke uten videre klart når avsetningen vil komme til fradrag. Sktl. § 14-2 bestemmer at: ”Med mindre annet er bestemt, skal en kostnad fradras i det året da det oppstår en ubetinget forpliktelse for skattyteren til å dekke eller innfri kostnaden.” Ettersom fylkesskattekontorets krav knytter seg til unnlatt innbetaling av merverdiavgift over tre år reiser denne situasjonen særlige spørsmål om når denne avsetningen skal komme til fradrag. I skatterettslig terminologi er dette et tidfestingsspørsmål. Ettersom formålet med denne gjennomgangen ikke er å fastlegge det nøyaktige skattegrunnlaget, og for ikke å gjøre drøftelsen for omstendelig, tas det i det følgende ikke hensyn til de særlige tidfestingsspørsmålene dette reiser. For den videre drøftelse legges til grunn at avsetningen

---

<sup>256</sup> Se pkt. 6.2.4.2.



er fradragsberettiget, dersom Oslo fylkesskattekontors krav fører frem, og at fradraget tidfestes for inntektsåret 2006.

2006 (dersom fylkesskattekontorets krav *ikke* fører frem)

grunnlag for inntektsskatteberegning 43 500 000.

28 % skatt utgjør 12 200 000.

2006 (dersom fylkesskattekontorets krav fører frem)

grunnlag for inntektsskatteberegning 21 500 000.

28 % skatt utgjør 6 000 000

2005

14 000 000 regnskapsmessig overskudd

23 000 000 bonus til helseforetakene

37 000 000 grunnlag for inntektsskatteberegning

28 % skatt utgjør omtrent 10 400 000

2004

15 500 000 regnskapsmessig overskudd

20 000 000 bonus til helseforetakene

35 000 000 grunnlaget for inntektsskatteberegning

28 % skatt utgjør 9 800 000

Samlet skattefordel (dersom fylkesskattekontorets krav *ikke* fører frem)

Sum skattefordel de siste tre årene er **32 400 000**

Samlet skattefordel (dersom fylkesskattekontorets krav fører frem)

Sum skattefordel de siste tre årene er **26 200 000**

#### 6.2.4.5 Oppsummering – skattefordelen

Etter det overnevnte er det klart at det er sykehusapotekene i Helse Sør-Øst som har hatt den største fordel av inntektsskattefritaket. Dersom sykehusapotekene i Helse Sør-Øst blir nødt til å betale momskravet fra Oslo fylkesskattekontor vil fordelene, på bakgrunn av de overnevnte forutsetningene, utgjøre omtrent 26 200 000, hvis ikke, vil fordelene utgjøre omtrent 32 400 000.

Sykehusapotekene i Helse Midt-Norge hadde en fordel på omtrent 6 100 000 de siste tre årene.

De øvrige helseforetakene har hatt en mer beskjeden fordel av skattefritaket.

Sykehusapotekene i Helseregion Nord hadde i 2006 og 2005 en samlet fordel på omtrent 1 200 000, jeg har ikke fått tilgang til tallene for 2004.

Sykehusapotekene i Helseregion Vest kan på grunn av underskudd, og forutsatt utnyttet mulighet for fremføring av underskudd, ikke sies å ha hatt en fordel av skattefritaket.

Samlet har sykehusapotekene hatt en fordel av skattefritaket til en verdi av **33 500 000** eller **39 700 000** kroner de siste tre årene (avhengig av om Oslo fylkesskattekontors krav mot Sykehusapotekene ANS fører frem, og uten at det er tatt hensyn til eventuelt overskudd eller underskudd for sykehusapotekene i Helse Nord for 2004).

#### 6.2.5 Vederlagsfri fordel for mottaker

Så langt har det blitt slått fast at det generelle skattefritaket stiller midler som ellers ville blitt innkrevd av staten i form av skatt, til sykehusapotekenes rådighet. Dette er potensielt en form for statsstøtte. Sykehusapotekene utfører imidlertid en rekke tjenester av allmenntilgjengelig karakter uten at det uten videre er klart at de mottar tilstrekkelig kompensasjon for dette. Sykehusapotekene fremstiller for eksempel legemidler som ellers

ikke er, eller ville vært, tilgjengelige. Videre utdanner sykehusapotekene helsepersonell i større grad enn andre apotek. I det videre undersøkes om skattefritaket kan representere en motytelse for sykehusapotekenes utførelse av disse tjenestene, og om skattefritaket på bakgrunn av dette ikke kan karakteriseres som støtte.

#### 6.2.5.1 *Altmark*-kriteriene

For at EØS-avtalens art. 61.1 skal komme til anvendelse må det naturligvis foreligge en eller annen form for støtte. Støtten må favorisere den aktuelle mottakeren direkte eller indirekte eller gi denne en økonomisk fordel den ikke ville ha oppnådd på markedet.<sup>257</sup> Dersom sykehusapotekene gir staten en motytelse likverdig med skattefritaket, kan ikke fritaket regnes som en økonomisk fordel, og dermed ikke som støtte.<sup>258</sup>

På bakgrunn av slike betraktninger formulerte EF-domstolen i *Altmark*-avgjørelsen fire kriterier som alle må være oppfylt for at statlige ytelser med tilsvarende motytelser fra ytelsesmottakeren, ikke skal kunne karakteriseres som støtte:

”For det første er den begunstigede virksomhet faktisk blevet pålagt at opfylde forpligtelser til offentlig tjeneste, og disse forpligtelser er blevet klart defineret.

For det andet er de kriterier, der er grundlaget for beregningen af kompensationen, blevet fastlagt på forhånd på en objektiv og gennemsigtig måde.

For det tredje overstiger kompensationen ikke, hvad der er nødvendigt for helt eller delvis at dække de udgifter, der er afholdt ved opfyldelsen af forpligtelserne til offentlig tjeneste,

---

<sup>257</sup> Se sak C-280/00, *Altmark Trans GmbH og Regierungspräsidium Magdenburg mot Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Saml. 2003 s. I-7747 premiss 84.

<sup>258</sup> Se sak C-53/00, *Ferring AS mot Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, Saml. 2001 s. I-9067 premissene 18-27, se særlig premiss 27, og sak C-280/00, *Altmark Trans GmbH og Regierungspräsidium Magdenburg mot Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Saml. 2003 s. I-7747 premissene 86-87.

idet der skal tages hensyn til de hermed forbundne indtægter og til en rimelig fortjeneste ved opfyldelsen af forpligtelserne.

For det fjerde skal størrelsen af den nødvendige kompensation, når udvælgelsen af den virksomhed, der skal overdrages en forpligtelse til offentlig tjeneste, i et konkret tilfælde ikke gennemføres inden for rammerne af en procedure for tildeling af offentlige kontrakter, fastlægges på grundlag af en analyse af de omkostninger, som en gennemsnitsvirksomhed, der er veldrevet og tilstrækkeligt udstyret med transportmidler til at kunne opfylde de stillede krav til den offentlige tjeneste, ville have ved at gennemføre forpligtelserne, i det der skal tages hensyn til de hermed forbundne indtægter og til en rimelig fortjeneste ved opfyldelsen af forpligtelserne.”<sup>259</sup>

Dette er fire kumulative kriterier. Med andre ord må alle være oppfylt for at et tiltak skal kunne unngå å regnes som støtte. Ettersom jeg ved en nærmere vurdering har funnet at alle de kumulative vilkårene ikke er oppfylt, vil jeg begrense meg til å demonstrere dette ved å vurdere skattefritaket i forhold til det andre kriteriet. Kriteriet henger tett sammen med det tredje og det fjerde kriteriet, men ettersom kriteriene oppstilles som separate og kumulative kriterier vil jeg likevel begrense meg til å behandle dette. Etter mitt skjønn er det oppfyllelsen av dette vilkåret som isolert sett er mest problematisk i forhold til det generelle skattefritaket.

Det andre *Altmark*-vilkåret går som nevnt ut på at ”de kriterier, der er grundlaget for beregningen af kompensationen, blevet fastlagt på forhånd på en objektiv og gennemsiktig måde.”<sup>260</sup> Vilkåret oppstilles ”for at undgå, at kompensationen innebærer en økonomisk fordel, der kan begunstige den pågældende virksomhed i forhold til de konkurrerende virksomheder.”<sup>261</sup>

---

<sup>259</sup> Sak C-280/00, *Altmark Trans GmbH og Regierungspräsidium Magdenburg mot Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Saml. 2003 s. I-7747 som oppsummert i premiss 95.

<sup>260</sup> Ibid. premiss 90.

<sup>261</sup> L.c.

Dersom skattefritaket skal kunne utgjøre en form for kompensasjon i forhold til tjenester sykehusapotekene yter, må kriteriene som danner grunnlaget for beregningen av denne kompensasjonen fastsettes på forhånd på en objektiv og gjennomiktig måte.

Skattefritaket som gjelder for sykehusapotekene er ikke konkret begrunnet i helseforetakslovens eller apoteklovens forarbeider. Jeg har ikke vært i stand til å finne en begrunnelse for fritaket andre steder. Tvert imot går, som nevnt under pkt. 6.1, de få uttalelsene i forarbeidene til apotekloven som direkte adresserer spørsmålet langt i retning av å kreve skattefritaket som da gjaldt for sykehusapotek opphevet dersom disse opptrådte i konkurranse med private apotek.<sup>262</sup>

På bakgrunn av den manglende begrunnelsen for skattefritaket, er det vanskelig å fastslå hvorvidt fritaket er ment som en slags kompensasjon for utførelsen av visse tjenester. Det foreligger derfor ikke tilgjengelig informasjon som taler for at skattefritaket er ment som en kompensasjon for tjenester sykehusapotekene yter. Dette medfører at det aktuelle *Altmark*-vilkåret som krever at ”kriterier, der er grunnlaget for beregningen af kompensationen, blevet fastlagt på *forhånd* (min uthevelse)”,<sup>263</sup> vanskelig kan anses oppfylt.

Et videre problem med sykehusapotekenes generelle skattefritak, er at størrelsen på dette på ingen måte er knyttet til sykehusapotekenes utførelse av særlige tjenester for det offentlige. Skattefritaket er knyttet til sykehusapotekenes eventuelle overskudd knyttet til sykehusapotekenes samlede virksomhet. Dette er i beste fall en uhensiktsmessig måte å beregne kompensasjon for utførte tjenester. Videre innebærer skattefritaket ikke engang nødvendigvis at det ytes noen form for kompensasjon i praksis. Dette kan illustreres med at sykehusapotekene i Helseregion Vest etter mine beregninger ikke har kunnet dra fordel av

---

<sup>262</sup> Se NOU 1997: 6 s. 134-135 ”Dersom offentlige apotek konkurrerer om de samme kundene som private apotek, må de være underlagt samme offentlige reguleringer, herunder bl.a. skatteregler.”

<sup>263</sup> Sak C-280/00, *Altmark Trans GmbH og Regierungspräsidium Magdenburg mot Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Saml. 2003 s. I-7747 premiss 90.

skattefritaket de siste tre årene.<sup>264</sup> Så vidt jeg kan se innebærer dette ikke at sykehusapotekene i Helse Vest ikke har utført tjenester på lik linje med de andre sykehusapotekene.

Ordninger der støttens størrelse har vært avhengig av omfang av virksomhetens totale kommersielle aktivitet har vært vurdert av EF-domstolen. I *Enirisorse*<sup>265</sup> fikk en rekke virksomheter med ansvar for teknisk utstyr og lagre ved en rekke italienske havner utbetalt midler som stammet fra innbetalinger som ble foretatt på bakgrunn av en offentlig fastsatt avgift knyttet til bruk av havnene. Avgiftens størrelse varierte med omfanget av den kommersielle aktiviteten på havnene: ”Det fremgår (...) at den del af afgiftsprovenuet, som tildeles aziendaerne (virksomhetene, min kommentar), ikke afspejler de udgifter, som disse virksomheder reelt har haft ved leveringen af deres lastnings- og losningsydelse, idet beløbet afhænger af den varemængde, som er blevet transporteret af det samlede antal brugere og beskyttet i de omhandlede havne. Det tildelte beløb afhænger således af graden af aktivitet i den eller de omhandlede havne.”<sup>266</sup> EF-domstolen fant således at dette systemet ikke tilfredsstilte kravet om objektiv forhåndsfastsettelse av kompensasjon etter det andre *Altmark*-kriteriet.<sup>267</sup>

Skattefritaket er etter det overnevnte ikke i nærheten av å tilfredsstille kravet til en gjennomiktig og objektiv forhåndsfastsetting av kompensasjonen. Ettersom *Altmark*-kriteriene er kumulative er det ikke nødvendig å vurdere ordningen etter de øvrige kriteriene. Dermed er det klart at det generelle skattefritaket ikke kan anses som en lovlig kompensasjon for tjenester sykehusapotekene yter etter *Altmark*-kriteriene.

---

<sup>264</sup> Se pkt. 6.2.4.3.

<sup>265</sup> Se de forente sakene C-34/01 – 38/01, *Enirisorse SpA* mot *Ministerio delle Finanze*, Saml. 2003 s. I-14243 premissene 35-40.

<sup>266</sup> *Ibid.* premiss 38.

<sup>267</sup> *Ibid.* premiss 39.

#### 6.2.5.2 Unntaket i art. 59.2 for "tjenester av almen økonomisk betydning"

Etter EØS-avtalens art. 59.1 forpliktes statene som deltar i EØS å "avholde seg fra å treffe eller opprettholde tiltak som strider mot reglene i denne avtale, særlig reglene i (...) artikkel 53 til 63". Fra dette utgangspunktet fremstår bestemmelsens andre ledd som et slags unntak: "Foretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av almen økonomisk betydning (...) skal være undergitt reglene i denne avtale (...) i den utstrekning anvendelsen av disse regler ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem."

Bestemmelsen i EØS-avtalens art. 59.2 fremstår på linje med art. 61.2 og 61.3 som unntak fra hovedregelen i art. 61.1 om statsstøtte. Dermed kan det argumenteres for at man rent systematisk bør behandle bestemmelsen i art. 59.2 etter at man har vurdert om en potensiell støtteordning oppfyller samtlige vilkår i art. 61.1. Jeg velger likevel å behandle skattefritakets forhold til bestemmelsen i art. 59.2 allerede på dette punkt. Dette fordi drøftelsen henger så tett sammen med spørsmålet om skattefritakets forhold til *Altmark*-kriteriene. Drøftelsen i det følgende hviler dermed på en forutsetning om at de øvrige vilkårene for at skattefritaket skal kunne anses som statsstøtte, er oppfylt.<sup>268</sup>

I 2005 fattet Kommisjonen en beslutning om anvendelsen av EFT art. 86.2, som tilsvarer EØS-avtalens art. 59.2, i forhold til statsstøttereglene og kompensasjon for utførelsen av visse offentlige tjenester.<sup>269</sup> Kommisjonens beslutning er inntatt i EØS-avtalens vedlegg

---

<sup>268</sup> Disse øvrige vilkårene drøftes under pkt. 6.3 til 6.5.

<sup>269</sup> EU-tidende 2005 nr. L 312 s. 67-73, Kommisjonens beslutning nr. 2005/842/EF av 28.11.2005 "om anvendelse af bestemmelserne i EF-traktatens artikel 86, stk. 2, på statsstøtte i form af kompensation for offentlig tjeneste ydet til visse virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse".

XV (nr. 1i) og gjelder med de tilpasninger som følger av vedlegget, som forskrift i norsk rett.<sup>270</sup> ESA har videre inntatt tilsvarende regler i sine statsstøtteretningslinjer.<sup>271</sup>

I beslutningens fortale redegjør Kommisjonen for systematikken som skal følges ved avgjørelsen av disse spørsmålene under en innledende henvisning til de fire *Altmark*-kriteriene: ”Når disse fire kriterier er opfylt, anses kompensasjon for offentlig tjeneste ikke for at utgjøre statsstøtte, og bestemmelsene i traktatens artikkel 87 og 88 finner ikke anvendelse. Hvis medlemsstatene ikke overholder disse kriterier, og de almindelige betingelser for anvendelse af traktatens artikkel 87, stk. 1, er opfylt, udgør kompensasjon for offentlig tjeneste derimod statsstøtte, der er underlagt bestemmelsene i traktatens artikkel 73, 86, 87 og 88. Denne beslutning bør derfor kun finde anvendelse på kompensasjon for offentlig tjeneste i det omfang, den udgør statsstøtte.”<sup>272</sup>

I praksis vil de forskjellige typene potensielle statsstøtteformer som vurderes etter disse to regelsettene ofte være relativt likeartede. Det er likevel viktige forskjeller i forhold til om en potensiell type støtte vurderes etter det ene eller det andre regelsettet. En sentral praktisk forskjell er at et tiltak som ikke representerer en form for statsstøtte etter *Altmark*-kriteriene, ikke berøres av de prosessuelle reglene om notifikasjon av støtte. Utgjør imidlertid tiltaket støtte vil det motsatte være utgangspunktet. I det følgende avgrenses fremstillingen mot notifikasjonsreglene.

I prinsippet er vurderingen som må foretas etter art. 59.2 relativt parallell med anvendelsen av *Altmark*-kriteriene. Det rettslige regimet *Altmark*-kriteriene og unntaket i art. 59.2

---

<sup>270</sup> Se Forskrift om gjennomføring av EØS-regler om unntak fra notifikasjonsplikt for enkelte former for offentlig støtte av 5. desember 2003 nr. 1429 § 5. Forskriften er gitt med hjemmel i Lov om offentlig støtte av 27. november 1992 nr. 117 § 2.

<sup>271</sup> Guidelines on the application and interpretation of Articles 61 and 62 of the EEA Agreement and Article 1 in Part I of Protocol 3 to the Surveillance and Court Agreement, Adopted and issued by the EFTA Surveillance Authority on 19 January 1994 (OJ No. L 231, 3.9.1994, EEA Supplement No. 32). For de aktuelle reglene i denne sammenheng, se retningslinjenes del VI.

<sup>272</sup> Se pkt. 5 i fortalens til Kommisjonens beslutning.



sammen legger opp til har på denne bakgrunn blitt karakterisert som en for utpreget teknisk og omstendelig dobbeltbehandling i juridisk teori,<sup>273</sup> en karakteristikk det kan være lett å si seg enig i.

På samme måte som *Altmark*-kriteriene oppstilles det i Kommisjonens beslutning om anvendelsen av art. 86.2 en rekke kumulative vilkår som alle må oppfylles for at en støtte skal kunne tillates. Der det andre *Altmark*-kriteriet som nevnt krever at ”de kriterier, der er grundlaget for beregningen af kompensationen, blevet fastlagt på forhånd på en objektiv og gennemsiktig måde”,<sup>274</sup> settes det som et vilkår for at unntaket i EØS art. 59.2 skal komme til anvendelse etter Kommisjonens beslutning art. 4 at ansvaret for utførelsen av tjenester av ”almen økonomisk betydning” er:

”overdraget den pågældende virksomhed ved en eller flere officielle retsakter, (...). Denne retsakt skal bl.a. klart angive: (...)

d) parametrene for beregning, kontrol og revision af kompensationen

e) de foranstaltninger, der er truffet for at undgå og sikre tilbagebetaling af en eventuel overkompensation.”

Her støter skattefritaket på de samme problemene som etter det andre *Altmark*-kriteriet. Skattefritaket er ikke konkret begrunnet. Det foreligger derfor ikke noen offisielle rettsakter som oppfyller de krav som stilles i Kommisjonens beslutning art. 4. Dermed vil heller ikke unntaket i art. 59.2 kunne komme til anvendelse i forhold til skattefritaket.

## 6.2.6 Kommentar og delkonklusjon

Etter den ovenforstående drøftelsen er det klart at skattefritaket isolert sett utgjør en form for støtte. Det er videre klart at skattefritaket ikke oppfyller alle *Altmark*-kriteriene slik at det ikke kan anses som kompensasjon for tjenester sykehusapotekene utfører, i stedet for å

---

<sup>273</sup> Se Rapp-Jung (2004) s. 205-215.

<sup>274</sup> Sak C-280/00, *Altmark Trans GmbH og Regierungspräsidium Magdenburg mot Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Saml. 2003 s. I-7747 premiss 90.

anses som statsstøtte. Endelig er det klart at unntaket i art. 59.2 ikke kan komme til anvendelse i forhold til skattefritaket.

Som det går frem av drøftelsen av skattefritaket i forhold til *Altmark*-kriteriene og EØS-avtalens art. 59.2 er ett av hovedproblemene med at skattefritakets forhold til statsstøttereglene ikke er vurdert i tilstrekkelig grad. Statsstøtteformer hvis eksistens ikke kan begrunnes konkret, vil som regel ikke harmonere med EØS-avtalens regler.

Utover de som er nevnt i drøftelsen ovenfor kan nevnes regelen i regnskapsloven<sup>275</sup> § 9-1 med tilhørende forskrift,<sup>276</sup> som under visse vilkår pålegger virksomheter som mottar støtte for utførelse av tjenester av allmenn økonomisk betydning å føre atskilte regnskaper. Kravene i forskriften har sin bakgrunn i gjennomsiktighetsdirektivet.<sup>277</sup>

I det videre vil de øvrige vilkårene for om skattefritaket kan regnes som statsstøtte vurderes.

### 6.3 Støtten må begunstige enkelte foretak

EØS-avtalens art. 61.1 forbyr bare støtte som ”begunstige(r) enkelte foretak”. I denne formuleringen ligger to separate vilkår. For det første må støtten være ytt et ”foretak”. For det annet må støtten være selektiv, i den forstand at den ikke tilgodeser alle foretak som opptrer i konkurranse på sektoren jf. formuleringen ”enkelte foretak”. I det følgende vurderes skattefritaket som gjelder for sykehusapotekene i forhold til disse vilkårene.

---

<sup>275</sup> Lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven) av 17. juli 1998 nr. 56.

<sup>276</sup> Forskrift av 7. september 2006 nr. 1062 om utfylling og gjennomføring mv. av regnskapsloven av 17. juli 1998 nr. 56.

<sup>277</sup> EU-tidende 2006 nr. L 318 s. 17-25, Kommisjonens direktiv nr. 2006/111/EF av 16.11.2006 ”om gennemsikueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder og om den finansielle gennemsikuelighed i bestemte virksomheder”.

### 6.3.1 Foretakskriteriet

Statsstøtteregele kommer bare til anvendelse i forhold til støtte som ytes ”foretak” (jf. art. 61.1). Foretaksbegrepet er ikke direkte definert i EFT eller EØS-avtalen. Derimot finnes det en definisjon i EØS-avtalens protokoll 22 som fastsetter hvordan begrepet skal forstås i forhold til EØS-avtalens art. 56. Begrepet foretak har det samme innholdet i denne bestemmelsen som i art. 53 og 54,<sup>278</sup> dermed vil denne definisjonen også være bestemmende for hvordan ”foretak” skal forstås etter art. 61.1. Etter protokoll 22 art. 1 er foretak ”enhver enhet som utøver virksomhet av handelsmessig eller økonomisk art”. Begrepet ”foretak” er dermed et funksjonelt begrep, i den forstand at det ikke uten videre legger det formelle til grunn, men ser på de reelle økonomiske forhold.

Definisjonen er i hovedsak i overensstemmelse med EF-domstolens rettspraksis.<sup>279</sup> Foretaksbegrepet er nøye utpenslet av EF-domstolen i forhold til konkurransereglene i EFT art. 81 og 82 som har sitt motstykke i EØS-avtalens art. 53 og 54. Begrepet må tolkes på samme måte i forhold til statsstøtteregele.<sup>280</sup> Med andre ord er den forståelsen EF-domstolen har lagt til grunn av begrepet ”foretak” i forhold til konkurransereglene bestemmende for hvordan foretaksbegrepet skal forstås i forhold til statsstøtteregele i EØS-avtalen art. 61.

---

<sup>278</sup> Se Kolstad/Ryssdal (2007) s. 172.

<sup>279</sup> Se for eksempel sak C-41/90, Klaus Höfner og Fritz Elsner mot Macrotron GmbH, Saml. 1991 s. I-1979 premiss 21: ”inden for konkurrenceretten omfatter begrebet virksomhed enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde”. Protokoll 22 art. 1 går noe lenger enn EF-domstolen gjør i nevnte dom ved at protokoll 22 art. 1 omfatter ”handelsmessig” virksomhet ved siden av økonomisk virksomhet. Konsekvensen av denne forskjellen er neppe betydelig. EØS-avtalen må uansett tolkes på bakgrunn av EF-domstolens praksis, se Kolstad/Ryssdal (2007) s. 173.

<sup>280</sup> Se for eksempel Sak C-222/04, Ministero dell’Economia e delle Finanze mot Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato og Cassa di Risparmio di San Miniato SpA, Saml. 2006 s. I-289 premissene 107-113. Se også Sejersted m.fl. (2004) s. 602 og Wegener Jessen (2003) s. 206-209.

#### 6.3.1.1 Økonomisk virksomhet

Spørsmålet er om sykehusapotekenes virksomhet er økonomisk virksomhet. Hva som er økonomisk virksomhet må vurderes ut fra de aktiviteter som drives på markedene.<sup>281</sup> Ovenfor har det blitt gjort rede for den norske apoteksektorens økte markedsretting.<sup>282</sup> Apoteksektoren i Norge må uten tvil kunne regnes som et marked. Sykehusapotekene deltar delvis som en aktør på linje med andre apotek.

Sykehusapotekene har ikke et profittformål, derfor kan det stilles spørsmål om de i det hele tatt driver økonomisk virksomhet. Det er imidlertid klart at det ikke oppstilles et vilkår om at en virksomhet må ha et profittformål for å kunne regnes som et foretak.<sup>283</sup> Det er tilstrekkelig at foretakets markedsopptreden har økonomiske virkninger. Av EF-domstolens rettspraksis fremgår det at enhver virksomhet som består i å tilby varer på markedet vil være økonomisk aktivitet.<sup>284</sup> Så langt sykehusapotekene opptrer som en aktør på apotekmarkedet må deres virksomhet anses som økonomisk aktivitet.

Sykehusapotekene driver ikke utelukkende med salg av apotekvarer, de utfører en del oppgaver som undervisning av helsepersonell mv. som ikke nødvendigvis er av økonomisk karakter. Disse aktivitetene utgjør likevel en liten del av sykehusapotekenes virksomhet. Sykehusapotekenes driver først og fremst med salg av legemidler og andre apotekvarer til sykehus og den øvrige allmennhet. At sykehusapotekene utfører visse oppgaver som ikke nødvendigvis er av økonomisk karakter, kan ikke i seg selv medføre at sykehusapotekene ikke skal kunne anses som foretak.

---

<sup>281</sup> Se Kolstad/Ryssdal (2007) s. 179 med videre henvisninger.

<sup>282</sup> Se pkt. 4.

<sup>283</sup> Se Kommisjonens tolkning av foretaksbegrepet i Tyske fjernsynsselskapers filminnkjøp, EFT 1989 L 284/36 avsnitt 38: "virksomhetsbegrepet (...) omfatter enhver aktivitet, som tager sigte på udveksling af varer eller tjenesteydelser uden hensyntagen til virksomhedens retsform, og uanset om virksomheden arbejder med gevinst for øje eller ej." Se også sak C-41/90, Klaus Höfner og Fritz Elsner mot Macrotron GmbH, Saml. 1991 s. I-1979 premiss 21.

<sup>284</sup> Se sak C-35/96, Kommisjonen mot Italia, Saml. 1998 s. I-3851 premiss 36.

Konklusjonen må etter dette være at store deler av sykehusapotekenes virksomhet er av økonomisk art, ved at sykehusapotekene tilbyr varer i apotekmarkedet.

#### 6.3.1.2 Doktrinen om en økonomisk enhet

Redegjørelsen over viser at sykehusapotekene må regnes som "foretak" jf. EØS-avtalens art. 61.1. Spørsmålet i det videre er hvordan sykehusapotekene nærmere skal inndeles i "foretak".

Den nærmere inndelingen av sykehusapotekene i foretak har blant annet betydning for den nærmere identifiseringen av støttemottaker, og hvem som er pliktsubjekt etter statsstøttereglene. Dette innebærer at det er nødvendig å foreta en vurdering av hvilken form for foretak sykehusapotekene utgjør.

Sykehusapotekene har for den aktuelle tidsperiode vært organisert som tre selvstendige helseforetak, og i Helse Sør-Øst i et eget ansvarlig selskap. Disse har naturligvis hatt sine respektive styrer og daglige ledere og ført egne regnskap. På denne måten har sykehusapotekene i de forskjellige helseregionene fremstått som selvstendige virksomheter. På bakgrunn av dette kan det være naturlig å legge til grunn at de tre apotekforetakene og Sykehusapotekene ANS har utgjort fire selvstendige "foretak" i EØS-avtalen art. 61s forstand. I forhold til foretaksbegrepet er imidlertid ikke dette avgjørende. EF-domstolen har tolket foretaksbegrepet slik at det ikke legges avgjørende vekt på formelle karakteristika. Etter den såkalte doktrinen om en økonomisk enhet<sup>285</sup> kan det tenkes at alle de offentlig eide sykehusapotekene til sammen utgjør ett "foretak". Dette vurderes i det følgende.

---

<sup>285</sup> Se Sejersted m.fl. (2004) s. 603.

Som nevnt er foretaksbegrepet funksjonelt. Etter *Höfner*-avgjørelsen vil ”enhver enhet, som udøver økonomisk virksomhet, uanset denne enheds retlige status”<sup>286</sup> kunne utgjøre en virksomhet. Virksomhetsbegrepet fokuserer på om det foreligger en økonomisk enhet, ikke på strengt formelle skillelinjer.<sup>287</sup> Kommisjonen og EF-domstolen har ved flere anledninger slått fast at flere formelt uavhengige juridiske personer organisert i samme konsern kan utgjøre én virksomhet.<sup>288</sup>

Doktrinen om en økonomisk enhet er utformet spesielt i forbindelse med konkurranseregelen om ”avtale mellom foretak” i EFT art. 81, som tilsvarende EØS art. 53. Doktrinen er utformet på bakgrunn av de særlige forhold som gjør seg gjeldende i den aktuelle vurderingen i forhold til denne konkurranseregelen.<sup>289</sup> EF-domstolen og førsteinstansdomstolen har imidlertid også anvendt doktrinen om en økonomisk enhet ved anvendelsen av foretaksbegrepet i forbindelse med statsstøttereglene.<sup>290</sup> Det er dermed klart at doktrinen også må legges til grunn for tolkningen av foretaksbegrepet i EØS art. 61.

Dersom en enhet har så stor grad av kontroll over andre enheter, slik at disse ikke har noen reell selvstendighet, vil alle enhetene typisk bli ansett som en økonomisk enhet.<sup>291</sup> Graden av en enhets kontroll over andre er med andre ord den avgjørende faktor ved vurderingen

---

<sup>286</sup> Sak C-41/90, Klaus Höfner og Fritz Elsner mot Macrotron GmbH, Saml. 1991 s. I-1979 premiss 21.

<sup>287</sup> Se sak 170/83, Hydrotherm Geraetebau GmbH mot Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas., Saml. 1984 s. 2999 premiss 11.

<sup>288</sup> Se for eksempel Kommisjonens avgjørelse i EF-tidende 1991 nr. L 28 s. 32-46, Kommisjonens beslutning av 16.1.1991 ”om en procedure i henhold til EØF-Traktaten artikkel 85 (IV/32.732 – IJsselcentrale m.fl.)” premiss 23 og domstolens avgjørelser i sak 323/82, S. A. Intermills mot Kommisjonen, Saml. 1984 s. 3809 premiss 11 og sak C-73/95 P, Viho Europe BV mot Kommisjonen, Saml. 1996 s. I-5457 premiss 16.

<sup>289</sup> Se Kolstad/Ryssdal (2007) s. 250-253 for en nærmere redegjørelse.

<sup>290</sup> Se sak 323/82, S. A. Intermills mot Kommisjonen, Saml. 1984 s. 3809 premiss 11. Se også førsteinstansavgjørelsen i sak T-234/95, DSG Dradenauer Stahlgesellschaft mbH mot Kommisjonen, Saml. 2000 s. II-2603 premiss 124.

<sup>291</sup> Se for eksempel sak 15/74, Centrafarm BV og Adriaan de Peijper mot Sterling Drug Inc., Saml. 1974 s. 1147 premiss 41.

av om flere juridiske personer utgjør en økonomisk enhet. Kontrollvurderingen knytter seg typisk til eierandel og hvem som peker ut styret i de forskjellige enhetene.<sup>292</sup>

Sykehusapotekene kan anses som en form for datterselskaper, som er med i et konsern bestående av helseforetakene, underlagt Helse- og omsorgsdepartementets styring.

Staten har ved Helse- og omsorgsdepartementet et solid grunnlag for styring i kraft av sin eierposisjon. De regionale helseforetakene eies fullt ut av staten. Etter hlfrt. § 21.3 skal Helse- og omsorgsdepartementet velge flertallet av styrets medlemmer i det regionale helseforetaket. Etter hlfrt. § 16.1 er de regionale helseforetakene underlagt Helse- og omsorgsdepartementets styring i foretaksmøtet. Sykehusapotekene eies fullt ut av de regionale helseforetakene i de respektive helseregionene. Etter hlfrt. § 16.1 er sykehusapotekene organisert som helseforetak underlagt regionale helseforetaks myndighet i foretaksmøtet. Etter § 21.3 skal det regionale helseforetaket velge flertallet av styrets medlemmer i apotekforetaket. Etter sel. §§ 2-8 og 2-13 og selskapsavtalen<sup>293</sup> pkt. 8 og 9 hadde det regionale helseforetaket i Helseregion Sør-Øst en lignende myndighet over Sykehusapotekene ANS. Helse- og omsorgsdepartementet kan instruere de regionale helseforetakene som igjen kan instruere sykehusapotekene. HOD har med andre ord en sterk kontroll over RHF ved at departementet har instruksjonsadgang i foretaksmøtet og utpeker styreflertallet. RHF har en tilsvarende myndighet over sykehusapotekene som dermed indirekte tilkommer HOD.

HOD har i tillegg en rekke andre styringsbeføyelser til sin disposisjon. I forbindelse med den årlige finansieringen av RHF utformer departementet styringsdokumenter der departementet har adgang til å stille vilkår til RHF utenfor foretaksmøtet (se hlfrt. § 16.2). Disse styringsdokumentene legger klare føringer på styringen av sykehusapotekene. De regionale helseforetakenes handlingsrom er ytterligere begrenset av § 30 som bestemmer at

---

<sup>292</sup> Se for eksempel sak C-73/95 P, Viho Europe BV mot Kommisjonen, Saml. 1996 s. I-5457 premissene 15-16.

<sup>293</sup> Selskapsavtale for Sykehusapoteket ANS er tilgjengelig på side 11-16 i dokumentet: <http://www.sykehusapotekene.no/Styret/2005-06-08%20Innkalling%20Intranett.doc> (hentedato: 8.1.2008).

”saker som antas å være av vesentlig betydning” skal avgjøres av HOD i foretaksmøtet. Videre fastslår § 30.2 at RHF skal forelegge tilsvarende saker i apotekforetakene for departementet. Departementet har videre adgang til å endre vedtektene i foretaket (§ 12), og kan gjennom RHF, etter samme bestemmelse, endre vedtektene i apotekforetakene. Departementet har hatt en tilsvarende kontroll over Sykehusapotekene ANS gjennom Helse Sør-Øst. Helse Sør-Øst kunne endre selskapsavtalen (selskapsavtalen pkt. 21). Videre inneholdt selskapsavtalen pkt. 13 en eksplisitt henvisning til hlfrt. § 30 og bestemmer at ”Alle saker som antas å være av vesentlig eller prinsipiell betydning (...) skal besluttet av selskapsmøtet”.

Det er dermed klart at HOD har en rekke styringsbeføyelser over RHF, og gjennom disse har en rekke styringsbeføyelser over sykehusapotekene.

I *Corinne Bodson*-avgjørelsen uttalte EF-domstolen at det er avgjørende for hvorvidt et mor- og datterselskap skal anses som samme foretak at ”virksomhederne udgør en økonomisk enhed, inden for hvilken datterselskabet ikke har nogen reel selvstændighed ved fastlæggelsen af sin markedspolitiske linje”.<sup>294</sup>

Et av formålene bak helseforetaksorganiseringen var å få til en sterkere og mer enhetlig statlig styring av helsesektoren.<sup>295</sup> Det etablerte institusjonelle rammeverket overlater sykehusapotekene i liten grad, reell selvstendighet til å fastlegge sin markedspolitiske linje. Sykehusapotekene fungerer innen bestemte helseregioner. De er først og fremst forutsatt å forsyne sykehus innen sin region. Videre er sykehusapotekene samlokalisert med bestemte sykehus som de primært skal forsyne med apotekvarer.

Helse- og omsorgsdepartementet har som nevnt utstrakte muligheter til å styre sykehusapotekene. Departementet har til dels inntatt en relativt aktiv rolle i forhold til fastleggelsen av sykehusapotekenes markedspolitiske linje. Som nevnt har departementet

---

<sup>294</sup> Sak 30/87, *Corinne Bodson* mot SA *Pompes funèbres des régions Ibérées*, Saml. 1988 s. 2479 premiss 19.

<sup>295</sup> Se Ot.prp. nr. 66 (2000-2001) s. 19-23.



gitt instruksjoner om at sykehusapotekenes salg av ikke-reseptpliktige varer og reseptomsetning til pasienter som ikke er tilknyttet sykehuset skal utgjøre under 20 % av sykehusapotekenes totalomsetning. Tilgjengelig informasjon tyder på at sykehusapotekene har etterkommet dette kravet.

Som nevnt under pkt. 3.1 fastslo Konkurransetilsynet i en avgjørelse fra 2005 at alle RHF og helseforetak utgjør en økonomisk enhet forutsatt at de kan regnes som foretak.<sup>296</sup> Drøftelsen ovenfor medfører at jeg har kommet til samme resultat hva angår sykehusapotekene.

#### 6.3.1.3 Delkonklusjon

Sykehusapotekene driver økonomisk virksomhet og må derfor karakteriseres som foretak, jf. EØS-avtalen art. 61.1. Sykehusapotekene må videre regnes som en økonomisk enhet, konsekvensen av dette er at disse sammen må anses for å utgjøre ett foretak.

#### 6.3.2 Selektivitetskriteriet

Etter EØS-avtalens art. 61 kan bare støtte som begunstiger ”enkelte foretak” eller ”påvirker produksjonen av enkelte varer” utgjøre ulovlig statsstøtte. Dette omtales i juridisk teori som selektivitetskriteriet.<sup>297</sup> Statsstøttereglene skal beskytte konkurransen innen samarbeidsområdet ved å nekte myndighetene i en stat å yte potensielt konkurransehemmende støtte til et utvalg aktører innen en sektor eller til bestemte sektorer av næringslivet.<sup>298</sup> Støtte som ikke er selektiv vil også kunne ha en innvirkning på konkurransen, men forholdet mellom konkurrentene vil ikke påvirkes ettersom de nyter godt av det samme støttereimet.

---

<sup>296</sup> Se Konkurransetilsynets avgjørelse A2005-21 av 15. juni 2005.

<sup>297</sup> Se Hansen (2004) s. 62.

<sup>298</sup> Se de forente sakene E-5/04 – E-7/04, Fesil og Finnfjord, PIL m.fl. og Kongeriket Norge mot EFTA Surveillance Authority, REC 2005 s. 117 premiss 77.

Den aktuelle støtteordningen er et skattefritak forankret i formell lov. Ettersom skattefritak på grunn av deres forankring i lov, gjerne er utformet generelt, medfører det ofte vanskeligheter å avgjøre om en skattefritaksordning er tilstrekkelig selektiv slik at den kan sies å begunstige ”enkelte foretak”.<sup>299</sup>

I denne saken stiller det seg imidlertid noe annerledes enn de vanlige typetilfellene. Det aktuelle skattefritaket gjelder ikke for apotek generelt. Fritaket gjelder i utgangspunktet bare for helseforetak. I praksis innebærer dette at det bare er sykehusapotek som er organisert som helseforetak, og tidligere, sykehusapotek organisert som ANS og eid av regionale helseforetak, som nyter godt av skattefritaket. Private har som nevnt en viss adgang til å opprette sykehusapotek, og det finnes to privateide sykehusapotek som drives av private stiftelser. Disse er derimot ikke organisert som helseforetak, og har heller ikke på annen måte adgang til å nyte godt av skattefritaket. Det er som nevnt bare staten som kan organisere sin virksomhet som helseforetak. Uten videre drøftelse legges det derfor til grunn at særordningene er såpass direkte rettet mot en bestemt gruppe at selektivitetskriteriet klart må anses oppfylt.

### 6.3.3 Delkonklusjon

Drøftelsene over viser at sykehusapotekene kan regnes som ett foretak, og at skattefritaket er tilstrekkelig selektivt slik at det kan anses som støtte som etter EØS-avtalens art. 61.1 ”begunstige(r) enkelte foretak”.

## 6.4 Konkurranssevridningsvilkåret

Støtte som virer eller truer med å *vri konkurransen* utgjør ulovlig statsstøtte etter art. 61 i den utstrekning støtten påvirker *samhandelen* mellom avtalepartene i EØS-området.

---

<sup>299</sup> Se Aldestam (2005) som nettopp er en analyse av selektivitetskriteriet i forhold til skatteregler.

Konkurranssevidningsvilkåret henger tett sammen med samhandelsvilkåret, som drøftes under pkt. 6.5.

Det såkalte konkurransevidningsvilkåret innebærer at det bare er ”støtte (...) som vrir eller truer med å vri konkurransen” som kan anses som ulovlig statsstøtte etter art. 61.1. Statsstøttereglene skal beskytte den frie konkurransen på markedet. Dersom en støtteform ikke vrir eller truer med å vri konkurransen er det etter reglenes formål ikke nødvendig å forby den.<sup>300</sup>

Sykehusapotekene har ikke konkurranserettet drift som formål. Videre er de ikke styrt av en intensjon om å gå med overskudd. Når det skal vurderes hvorvidt et aktuelt tiltak representerer en form for støtte, er imidlertid ikke formålet bak tiltaket avgjørende. Det avgjørende er utelukkende hvilke virkninger støtteytelsen har på markedet.<sup>301</sup>

Etter bestemmelsens ordlyd er det tilstrekkelig, men ikke nødvendig at støtten faktisk vrir konkurransen. At støtten *truer* med å vri konkurransen er alene tilstrekkelig til at den kan bli karakterisert som ulovlig statsstøtte. Regelen er dermed mer rettsteknisk håndterbar enn den ville vært dersom faktisk påvirkning av konkurransen måtte konstateres i hvert enkelt tilfelle.

Terskelen for når en form for støtte kan anses for å true med å vri konkurransen er lav. Det faktum at en virksomhet har mottatt støtte kan ved visse markedskonstellasjoner være tilstrekkelig til å oppfylle konkurransevidningsvilkåret. EF-domstolen har i den forbindelse uttalt at det ”i visse tilfælde kan fremgå af selve de omstændigheder, hvorunder støtten ydes, at den kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne og fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene”.<sup>302</sup>

---

<sup>300</sup> Se Hansen (2004) s. 118.

<sup>301</sup> Se Sejersted m.fl. (2004) s. 583 (særlig note 1171) med videre henvisninger til rettspraksis.

<sup>302</sup> Se de forente sakene 296/82 og 318/82, Nederland og Leeuwarder Papierwarenfabriek mot Kommisjonen, Saml. 1985 s. 809 premiss 24.

For å kunne fastslå hvorvidt konkurransen vris må det aktuelle markedet defineres. Markedet må i utgangspunktet avgrenses etter de samme prinsippene som ved avgrensningen av markedet etter EØS-avtalens konkurranseregler i art. 53 og 54.<sup>303</sup> For å avgrense det aktuelle markedet må man bestemme produktmarkedet ved å finne de produkter som konkurrerer på samme marked, og det geografiske marked ved å finne hvilke leverandører som kan betjene markedet. Det naturlige utgangspunkt er at sykehusapotekene, i forbindelse med salg av legemidler, konkurrerer med andre apotek som er etablert i Norge. I tillegg må markedet inkludere foretak som vurderer å etablere apotek i Norge.

Beregningene foretatt under pkt. 6.2.4 tilsier at skattefritaket sannsynligvis har medført at sykehusapotekene de siste tre årene til sammen har unngått å betale et sted mellom 30 og 40 millioner kroner i inntektsskatt.<sup>304</sup> Dette har spart sykehusapotekene for en type utgifter som påhviler andre apotek sykehusapotekene til dels opptrer i konkurranse med. Sykehusapotekenes skattebesparelser vil kunne medføre at de kan opptre med mer konkurransedyktige priser på markedet, ettersom de er fritatt for en kostnad deres konkurrenter ikke er fritatt fra. Det synes rimelig klart at dette i hvert fall kan ha truet med å vri konkurransen på apotekmarkedet.

#### 6.4.1 Delkonklusjon

Konklusjonen er at konkurransevriddningsvilkåret må anses oppfylt.

---

<sup>303</sup> Se Sejersted m.fl. (2004) s. 606. For en nærmere redegjørelse for konkurransereglene, se Kolstad/Ryssdal (2007) s. 267 flg.

<sup>304</sup> Jf. oppsummeringen under pkt. 6.2.4.5.

## 6.5 Samhandelsvilkåret

I tillegg til å vri konkurransen er det et vilkår at tiltaket etter EØS art. 61 nr. 1 ”påvirker samhandelen mellom avtalepartene” for at dette skal kunne karakteriseres som ulovlig statsstøtte. Statsstøttereglene søker å beskytte det indre markedet. Når en konkret støtteordning ikke påvirker samhandelen mellom EØS-statene, er det ingenting som tilsier at EØS-retten skal sette hindringer for en slik støtteordning.

EØS-reglene om statsstøtte kommer med andre ord ikke til anvendelse på rent interne anliggender, eller tiltak som kun påvirker samhandel med stater som ikke deltar i det indre markedet.<sup>305</sup> For at regelsettet skal kunne komme til anvendelse, må statsstøtten på en eller annen måte berøre samhandelen i EØS.

Spørsmålet er hva som mer konkret ligger i dette kravet. I motsetning til konkurransevriddningskriteriet, der det er tilstrekkelig med støtte som *truer* med å vri konkurransen, taler ordlyden i art. 61 i forbindelse med samhandelskriteriet jf. ”påvirker samhandelen”, for at samhandelen *faktisk må påvirkes* for at støtten skal kunne karakteriseres som ulovlig. Ordlyden kan med andre ord tale mot at støtte som bare *truer med å påvirke* samhandelen omfattes. Her har imidlertid ikke den tilsvarende bestemmelsen i EFT art. 87 blitt tatt på ordet av EF-domstolen.

I *Philip Morris*-avgjørelsen oppstilte EF-domstolen en presumsjon for at samhandelsvilkåret er oppfylt der en form for støtte styrker mottakerens posisjon i forhold til dens konkurrenter.<sup>306</sup> Domstolen uttalte følgende: ”Når en finansiell støtte, som ydes af en stat, styrker en virksomheds position i forhold til andre virksomheder, som den konkurrerer med i samhandelen inden for fællesskabet, må det antages at denne samhandel påvirkes af støtten.”<sup>307</sup> Terskelen for når samhandelen anses for påvirket er dermed lav.

---

<sup>305</sup> Særlige tiltak som påvirker samhandel med andre stater som ikke deltar på det indre markedet vil imidlertid ofte samtidig påvirke samhandel med stater som deltar på det indre markedet.

<sup>306</sup> Se Sejersted m.fl. (2004) s. 609.

<sup>307</sup> Sak 730/79, Phillip Morris Holland mot Kommisjonen, Saml. 1980 s. I-2671 premiss 11.

Formuleringen fra *Philip Morris* gjentas nesten ordrett i *Ferring*-avgjørelsen.<sup>308</sup> *Ferring*-avgjørelsen dreier seg direkte om legemiddelmarkedet, om påvirkning i forhold til dette markedet uttaler domstolen følgende. ”Da markedet for lægemidler er kendetegnet ved tilstedeværelsen af et stort antal multinationale selskaber, der distribuerer deres produkter i medlemsstaterne, er der ingen tvivl om, at en foranstaltning som indførelsen af afgiften på direkte salg kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.”<sup>309</sup> Det må presiseres at *Ferring* dreide seg om legemiddelmarkedet på grossist- og produsentnivå, og ikke på apoteknivå. Likevel vil synspunktene i avgjørelsen kunne ha overføringsverdi i forhold til legemiddelmarkedet på apoteknivå. De siste års utvikling har nettopp medført at dette markedssegmentet i Norge er dominert av multinasjonale selskaper. Som nevnt har eierforholdet i den norske apoteksektoren skiftet etter ikrafttreddelsen av den nye apotekloven. Omtrent 85 % av apotekene i Norge eies av tre store kjeder som igjen eies av tre store europeiske selskaper.<sup>310</sup> Med en så sterk representasjon av selskaper fra andre land innen EØS må en potensielt konkurransevridende skattefritaksordning sies å kunne virke inn på samhandelen.

### 6.5.1 Delkonklusjon

Konklusjonen etter dette er at samhandelsvilkåret må anses oppfylt.

## 6.6 Konklusjon – statsstøtte

Ettersom skattefritaket som gjelder for sykehusapotekene oppfyller alle vilkårene for statsstøtte i EØS-avtalens art. 61.1 er det klart at ordningen innebærer en form for

---

<sup>308</sup> Sak C-53/00, *Ferring AS* mot *Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, Saml. 2001 s. I-9067 premiss 21.

<sup>309</sup> L.c.

<sup>310</sup> Se pkt. 4.1

statsstøtte som begunstiger enkelte foretak og som truer med å vri konkurransen til ugunst for forskjellige aktører fra forskjellige land innen EØS.

## 6.7 Lovlig statsstøtte?

EØS-avtalen inneholder en rekke rettslige mekanismer som kan medføre at tiltak som representerer en form for statsstøtte ytt i strid med EØS-avtalens art. 61.1 ikke nødvendigvis er i strid med EØS-avtalen. Etter EØS art. 61.2 er visse former for støtte uten videre forenlig med EØS-avtalen. Disse unntakene er relativt snevre, og ingen av disse vil kunne få anvendelse på skattefritaket som gjelder for sykehusapotekene. Utover de tiltak som automatisk er forenlige med EØS-avtalen etter art. 61.2 finnes det andre generelle unntak som medfører at ordninger som isolert sett innebærer støtte, kan anses forenlige med EØS-avtalens regler. Artikkel 61.3 representerer et slikt unntak. Heller ikke i denne bestemmelsen kan skape et grunnlag for å unnta skattefritaket som lovlig statsstøtte.

Unntaket i EØS-art. 59.2 gir som nevnt ikke grunnlag for å kategorisere sykehusapotekenes skattefritak som lovlig statsstøtte.<sup>311</sup> Det kan være på sin plass å presisere at gruppeunntakene om bagatellmessig støtte<sup>312</sup> og statsstøtte til små og mellomstore bedrifter<sup>313</sup> klart ikke vil kunne komme til anvendelse i forhold til skattefritaket. Dette drøftes ikke i det videre.

## 6.8 Konklusjon – ulovlig statsstøtte

Ettersom skattefritaket må anses som en form for statsstøtte ytt i strid med EØS art. 61.1, og ingen av EØS-avtalens unntaksbestemmelser kan komme til anvendelse, må skattefritaket anses som en form for ulovlig statsstøtte etter EØS-avtalens regler.

---

<sup>311</sup> Se pkt. 6.2.5.2.

<sup>312</sup> Se forskrift om gjennomføring av EØS-regler om unntak fra notifikasjonsplikt for enkelte former for offentlig støtte av 5. desember 2003 nr. 1429 § 2.

<sup>313</sup> Ibid. § 3.

## 7 Endringsforslag

### 7.1 Innledning

Drøftelsene under pkt. 5 og 6 viser at det oppstår vesentlige problemer i forhold til EØS-avtalen ved organiseringen av sykehusapotekene etter helseforetaksloven, enten som egne helseforetak eller som ansvarlig selskap eid av RHF. Mange av de aktuelle problemene oppstår på bakgrunn av at sykehusapotekene til en viss grad opptrer som en aktør på markedet ved å selge legemidler til andre enn sykehusforetakene.

I forhold til reglene om offentlige anskaffelser utelukker sykehusapotekenes markedsdeltakelse at de kan fungere som innkjøpssentraler for sykehusene.<sup>314</sup>

Markedsdeltakelsen medfører videre at sykehusapotekene er underlagt EØS-avtalens statsstøtteregler. Statsstøttereglene trekker blant annet opp rammer i forhold til hvordan det offentlige kan finansiere driften av virksomhetene som er underlagt reglene. Under pkt. 6 konkluderes det med at skattefritaket som gjelder for sykehusapotekenes representanter statsstøtte er i strid med EØS-avtalens art. 61.

Historisk har spørsmålet om sykehusapotekene skal ha adgang til å selge varer til allmennheten skapt atskillig debatt.<sup>315</sup> At sykehusapotek har en alminnelig adgang til å selge apotekvarer til sykehusets pasienter så vel som den øvrige allmennheten er uvanlig i internasjonal sammenheng. På verdensbasis er sykehusapotekene i Norge nesten alene om

---

<sup>314</sup> Se pkt. 5.3.

<sup>315</sup> Se for eksempel NOU 1997: 6 s. 134-135 som er en del av utredningen som ble foretatt i forkant av gjeldende apoteklov. Se også Refsum (2006) s. 113-124 for en mer historisk rettet gjennomgang av debatten om hvorvidt sykehusapotekene skal ha adgang til å selge legemidler til allmennheten.



dette.<sup>316</sup> I lys av de rettslige problemene som oppstår i forbindelse med at sykehusapotekene både driver med forsyningsvirksomhet til sykehusene og salg til allmennheten bør det vurderes om denne kombinasjonen av oppgaver er den mest hensiktsmessige løsningen.

Utover de problemene som oppstår på bakgrunn av sykehusapotekenes markedsdeltakelse, skaper de formelle organisatoriske skillene problemer i forhold til reglene om offentlige anskaffelser. Det faktum at sykehusapotekene er organisert som separate foretak og egne juridiske personer, og det faktum at de ikke er under sykehusenes kontroll, gjør at unntaket om egenregi ikke kan komme til anvendelse. I praksis tolkes apotekloven slik at den er til hinder for at offentlige sykehus kan eie sykehusapotek. Lovgiver har gitt uttrykk for at for tette forbindelseslinjer mellom sykehus og sykehusapotek ikke er ønskelig. Dermed kan egenregiregelens kontrollkrav vanskelig oppfylles slik situasjonen er i dag.

Sykehusapotekenes fritak for skatteplikt og sykehusenes innkjøp av legemidler fra sykehusapotekene uten forutgående anbudsprosess foretas i strid med EØS-avtalens regler. Det faktum at skattefritaket strider mot EØS-avtalen gjør at sykehusapotekene ikke kan fortsette å være organisert som helseforetak uten at reglene som gjelder for helseforetak endres. Videre sperrer helseforetaksorganiseringen for at sykehusenes innkjøp av legemidler fra sykehusapotek kan tilfredsstille egenregiregelens krav. Dermed kan det stilles spørsmålstegn ved om organisering som helseforetak er den mest hensiktsmessige formen for organisering av sykehusapotekene.

I det følgende skal noen organiseringsjusteringer skisseres. Under pkt. 7.2 skisseres tiltak som bør iverksettes for at sykehusapotekene fremdeles skal kunne fungere som sykehusapotek samtidig som sykehusenes innkjøp av legemidler fra sykehusapotekene skal kunne tilfredsstille de kravene regelen om egenregi stiller. Under pkt. 7.3 vurderes alternative organiseringsformer.

---

<sup>316</sup> Se Refsum (2006) s. 34.

## 7.2 Hvordan kan sykehusapotekene fortsette som sykehusapotek samtidig som egenregiregelens krav oppfylles?

Etter mitt skjønn vil en mer nærliggende løsning kunne være å la sykehusforetakene overta eierskapet til sykehusapotekene fra RHF. En slik omorganisering forutsetter imidlertid flere lovendringer, og bør være gjenstand for en bred utredning.

Ettersom apotekloven i dag tolkes slik at den er til hinder for at offentlige sykehus selv skal kunne eie sykehusapotek,<sup>317</sup> forutsetter en omorganisering en utredning av spørsmålet om det er ønskelig at sykehusapotek skal kunne eies av offentlige sykehus.

Videre bestemmer hlfrt. § 2.3 at bare RHF kan eie helseforetak. Med mindre helseforetaksloven endres,<sup>318</sup> kan ikke sykehusforetakene overta eierskapet til sykehusapotekene uten at sykehusapotekene omorganiseres.

Dersom sykehusene eier sykehusapotekene og har en kontroll over disse som tilsvarer den kontrollen sykehusene har over egen virksomhet,<sup>319</sup> ligger forholdene til rette for en oppfyllelse av egenregiregelens kontrollkrav. Under pkt. 5.4.2 ble det argumentert for at omsetningskriteriet er oppfylt slik situasjonen er i dag. Overføres eierskapet til sykehusene, vil sykehusenes innkjøp fra sykehusapotekene kunne regnes som foretatt i egenregi.

---

<sup>317</sup> Se pkt. 5.4.1.5.

<sup>318</sup> Dette forutsetter sannsynligvis en rekke andre endringer i helseforetaksloven. Et eksempel på en annen bestemmelse som kan stå i veien for en slik omorganisering er hlfrt. § 4.2 som bestemmer at "Staten skal organisere sitt eierskap til virksomheter som yter spesialisthelsetjeneste og tjenester som står i naturlig sammenheng med dette etter denne loven." Det er imidlertid ikke uten videre klart hvorvidt denne bestemmelsen må tolkes slik at den forplikter staten til å organisere sykehusapotekene etter helseforetaksloven. Etter forarbeidene er det i hvert fall klart at den ikke omfatter "virksomheter som driver forskning og undervisning", se Ot.prp. nr. 66 (2000-2001) s. 131.

<sup>319</sup> Sak C-107/98, Teckal Srl mot Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, Saml. 1999 s. I-8121, premiss 50.

I dag er det ikke etablert sykehusapotek ved alle offentlige sykehus. Det er sannsynligvis heller ikke ønskelig å opprette egne sykehusapotek ved alle sykehus. Sykehusapotekene forsyner i dag flere sykehus enn det de er samlokalisert med. Slik forsyningsvirksomhet kan fortsette så langt den holder seg innenfor de rammer egenregiregelen trekker opp. Som nevnt under pkt. 5.4.2 bestemmer omsetningskriteriet at stor del av den aktiviteten utførerbedriften faktisk utfører må foregå i samarbeid med oppdragsgiver. For å muliggjøre at sykehusapotek skal kunne drive utstrakt forsyningsvirksomhet til flere enn ett sykehusforetak, kan det være aktuelt å dele eierskapet til sykehusapoteket mellom flere sykehusforetak. Med en slik modell kan utstrakt forsyningsvirksomhet til flere sykehusforetak lettere foregå innenfor de rammer egenregiregelen trekker opp.

#### 7.2.1 Sykehusapotekene vil fremdeles være underlagt statsstøttereglene dersom de fortsetter å opptre som markedsaktører

Så lenge sykehusapotekene opptrer som en markedsaktør vil de være underlagt statsstøttereglene. Redegjørelsen under pkt. 6 viser at fritaket for skatteplikt utgjør ulovlig statsstøtte. Det er ikke uten videre åpenbart at sykehusapotekene har et behov for å motta noen form for statsstøtte. Etter mitt skjønn har det ikke vært nødvendig å foreta en slik vurdering for å svare på de spørsmålene jeg har reist i denne oppgaven. Slik jeg ser det, er det imidlertid nødvendig med en gjennomgang av de faktiske forhold rundt sykehusapotekenes finansiering mv. for å ta stilling til spørsmålet om sykehusapotekene i det hele tatt har et behov for støtte. En slik gjennomgang faller imidlertid utenfor denne oppgavens formål og ramme.

For å komme i overensstemmelse med statsstøttereglene kan en aktuell løsning være å endre skattelovens § 2-30.1 bokstav g nr. 5, slik at den, istedenfor å gi et generelt skattefritak til alle helseforetak, utelukkende fritar sykehus og sykehuslignende tilbydere av spesialisthelsetjenester.

Imidlertid nyter sykehusapotekene godt av andre fordeler som potensielt kan utgjøre ulovlig statsstøtte. Redegjørelsen under pkt. 6.2.1 viser at statens ubegrensede ansvar for sykehusapotekenes forpliktelser kan utgjøre en form for statsstøtte.

Utover fordeler sykehusapotekene har i kraft av å være organisert etter helseforetaksloven, tilføres sykehusapotekene undertiden andre fordeler. Som det fremgår av redegjørelsen under pkt. 5 kjøper en rekke sykehus legemidler fra sykehusapotekene uten forutgående anbudsutsetting i strid med reglene om offentlige anskaffelser. Sykehusapotekene selger legemidlene videre med maksimal tillatt avanse. Utover å være i strid med reglene om offentlige anskaffelser kan slik praksis tenkes å være i strid med statsstøttereglene ettersom den fortjenesten sykehusapotekene har ved dette salget kan utgjøre statsstøtte.

I visse tilfeller ytes det direkte kapitaltilskudd uten korresponderende ytelse fra sykehusapoteket. Se for eksempel styringsdokument 2006 for Apoteka Vest HF der Helse Vest RHF overfører 6 375 000 kroner til apotekforetaket. Tildelingen er delvis ment som betaling for farmasøytisk rådgivning, men er, slik jeg oppfatter det, også ment som en generell driftsstøtte.<sup>320</sup> Slik driftsstøtte vil gjerne være problematisk i forhold til EØS-avtalens statsstøtteregler.

Sykehusapotekene kan ha en rekke fordeler i kraft av å være samlokalisert med sykehusene. Så langt disse potensielle fordelene utgjør en økonomisk verdi for sykehusapotekene de ikke yter vederlag for, kan dette utgjøre statsstøtte.<sup>321</sup>

---

<sup>320</sup> Styringsdokumentet for 2006 Apoteka Vest HF er tilgjengelig på: <http://www.helse-vest.no/sw21236.asp> (hentedato: 28.12.2007). Tildelingen kommenteres på dokumentets s. 4 under pkt. 1: "Det vil i 2006 bli tildelt kr 6 375 000 fra Helse Vest til drift av Apoteka Vest HF. Løyvinga skal også dekke farmasøytisk rådgiving i Hordaland."

<sup>321</sup> I forhold til konkurransereglene er denne problemstillingen berørt i Ot.prp. nr. 29 (1998-1999) s. 148. Se gjengivelsen av disse forarbeidsuttalelsene under denne oppgavens pkt. 4.3.

Det er som nevnt ikke uten videre klart at disse tiltakene utgjør statsstøtte. I den utstrekning de faktisk gjør det vil de heller ikke nødvendigvis utgjøre ulovlig statsstøtte ytt i strid med EØS-avtalens regler. En rekke av disse potensielle formene for støtte vil kunne gå klar av statsstøtteregelveket på bakgrunn av forskjellige unntak. Mest aktuelt er kanskje *de minimis*-unntaket.<sup>322</sup> Unntaket innebærer at visse former for støtte på grunn av sitt bagatellmessige omfang, ikke vil anses for å være i strid med statsstøttereglene. Det er imidlertid klare rammer for hva slags former for støtte som kan godtas etter unntaket. Den samlede *de minimis*-støtten må ikke overstige €200 000 over tre regnskapsår (*de minimis*-forordningen art. 2 nr. 2), videre må støtten blant annet oppfylle nærmere bestemte krav til gjennomsiktighet (art. 2 nr. 4).

### 7.3 Fra sykehusapotek til rene legemiddelforsyningsorgan for sykehusene

Det kan være hensiktsmessig å frata sykehusapotekene anledningen til å selge til andre enn sykehusforetak, slik at sykehusapotekene kan fungere som innkjøpssentraler etter bestemmelsene i foa. § 3-13 jf. § 4-1 bokstav g.<sup>323</sup>

Etter apotekloven § 6-1.3 kan HOD delvis frata sykehusapotekene leveringsrett for forhandlingspliktige varer til andre kunder enn sykehuset, sykehusets ansatte og brukere. Dette vil etter mitt skjønn, imidlertid ikke være tilstrekkelig til at sykehusapotekene skal kunne regnes som innkjøpssentraler. Skal de kunne fungere som innkjøpssentraler må sykehusapotekene, i tråd med drøftelsen under pkt. 5.3, utelukkende fungere som en forsyningsenhet for offentlige oppdragsgivere.

---

<sup>322</sup> EU-tidende 2006 nr. L 379 s. 5-10, Kommissjonens forordning nr. 1998/2006 av 15.12.2006 ”om anvendelse af traktatens artikel 87 og 88 på de minimis-støtte”. Etter forskrift om gjennomføring av EØS-regler om unntak fra notifikasjonsplikt for enkelte former for offentlig støtte av 5. desember 2003 nr. 1429 § 2 gjelder forordningen med visse tilpasninger som forskrift i norsk rett.

<sup>323</sup> Se pkt. 5.3 for en nærmere redegjørelse for disse reglene.

En mulig løsning er å utvide unntaksregelen i apotl. § 6-1.3 slik at sykehusapotekene utelukkende kan fungere som rendyrkede innkjøpssentraler. Et problem i så måte er at sykehusapotekene ikke lenger vil være egentlige "apotek", etter den generelle definisjonen i apotl. § 1-3.1 bokstav a er et "apotek" et "salgs- og tilvirkningssted for legemidler til sluttbruker, som er fysisk tilgjengelig for publikum". Dermed vil en mer omfattende lovrevisjon, med en endring av apotekloven være påkrevd. Andre lovendringer vil sannsynligvis også være nødvendige. Ettersom formålet med denne gjennomgangen ikke er å komme med et fullstendig endringsforslag, men snarere å peke på alternative organiseringsmuligheter for sykehusapotekene vurderes ikke dette i det videre.

Under pkt. 5.3.1 ble det påpekt at det ikke uten videre er klart hvorvidt sykehusapotekene kan anses som "offentligrettslige organ" etter foa. § 1-2.1. Bakgrunnen for dette er vilkåret om at offentligrettslige organ "tjener allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter" (foa. § 1-2.2 bokstav a). Dersom sykehusapotekene fratas retten til å selge varer til andre enn sykehusforetakene og omorganiseres som rene forsyningsorgan, vil oppfyllelsen av det nevnte vilkåret ikke lenger volde tvil. Dermed må de nye forsyningsenhetene karakteriseres som "offentligrettslige organ" og kunne fungere som innkjøpssentraler.

Dersom sykehusapotekene omorganiseres som innkjøpssentraler, slik at de ikke lenger opererer som aktører på apotekmarkedet, vil de nye enhetene ikke lenger være underlagt statsstøttereglene. Dette innebærer imidlertid ikke at en gjennomgang av finansieringen av enhetene mv. ikke har noe for seg. Uavhengig av hvordan de nye enhetenes aktivitet vil fortone seg, er det ryddig med en gjennomgang av hvordan de finansieres.

En alternativ måte å organisere innkjøpene er å utvide sykehusenes adgang til å kjøpe inn legemidler direkte fra grossist og leverandør gjennom en egen farmasøytisk avdeling på sykehuset. Etter legemiddelloven § 15.3 har HOD anledning til å nærmere bestemme hvilke legemidler sykehusene kan kjøpe inn direkte fra produsent. I 2001 foreslo HOD en forskriftsendring som åpnet for direkteleveranser av *alle* legemidler fra grossist til sykehus.

Etter en høringsuttalelse besluttet departementet å avvente forskriftsendringen ettersom det var klart at denne endringen ville kunne ha negative konsekvenser i forhold til opprettholdelsen av sykehusapotek.<sup>324</sup> HOD har imidlertid gitt uttrykk for at det uansett er ønskelig å utvide sykehusenes adgang til å kjøpe legemidler i tråd med den foreslåtte endringen fra 2001.<sup>325</sup> Dette ønsket har imidlertid ikke munnet ut i en forskriftsendring pr. dags dato.

---

<sup>324</sup> Se St.meld. nr. 18 (2004-2005) s. 72.

<sup>325</sup> L.c.

## Register

### Bøker og artikler

- Aldestam (2005) Aldestam, Mona. *EC State Aid Rules Applied To Taxes – An Analysis Of The Selectivity Criterion*. 1. utg. Uppsala, 2005
- Arrowsmith (2005) Arrowsmith, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement*. 2. utg. London, 2005
- Boe (1996) Boe, Erik. *Innføring i juss – Juridisk tenkning og rettskildelære*. 1. utg. Oslo, 1996
- Bullen (2005) Bullen, Andreas. *EU, EØS og skatt De fire friheter og direkte beskatning*. 1. utg. Oslo, 2005
- Dragsten/Lindalen (2005) Dragsten, Marianne H. *Offentlige anskaffelser kommentarutgave Bind I*. Marianne H. Dragsten, Esther Lindalen. 1. utg. Oslo, 2005
- Fabricius/Offersen (2006) Fabricius, Jesper. *EU's udbudsregler i praksis*. Jesper Fabricius, René Offersen. 2. utg. København, 2006
- Gjønnes (2007) Gjønnes, Arnhild Dordi. *Regelsamling for offentlige anskaffelser*. 2. utg. Bergen, 2007



- Graver (2002) Graver, Hans Petter. *Forvaltningsrett i markedsstaten – Studier i europeisering av forvaltningsretten*. 1. utg. Bergen, 2002
- Graver (2005) Graver, Hans Petter. *Offentlige anskaffelser og interkommunalt samarbeid*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. s. 153-187. Oslo, 2005
- Hansen (2004) Hansen, Bård Erlend. *Avgiftsfritak og forholdet til statsstøttereglene i EØS-avtalen*. I: IUSEF nr. 44. Oslo, 2004.
- Hjelmberg m.fl. (2006) Hjelmberg, Simon Evers. *Public Procurement Law*. Simon Evers Hjelmberg, Peter Stig Jakobsen, Sune Troels Poulsen. 1. utg. København, 2006
- Hjelmeng (2004) Hjelmeng, Erling. *Reversering av EF- og EØS-stridig statsstøtte*. 1. utg. Bergen, 2004
- Kjønstad/Syse (2005) Kjønstad, Asbjørn. *Velferdsrett I*. Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse. 3. utg. Oslo, 2005
- Kolstad/Ryssdal (2007) Kolstad, Olav. *Norsk Konkurranserett Bind I: Atferdsregler og strukturkontroll*. Olav Kolstad, Anders Ryssdal. 1. utg. Oslo, 2007
- Lund (2002) Lund, Robert. *Statsforetak og statsstøtte – Statsgaranti og kapitaltilførsel til Statskraft SF i lys av EØS-avtalen*. I: IUSEF nr. 38. Oslo, 2002.

- Nygaard (2004) Nygaard, Nils. *Rettsgrunnlag og standpunkt*. 2. utg. Bergen, 2004
- Rapp-Jung (2004) Rapp-Jung, Barbara. *State Financing of Public Services – The Commission's New Approach*. I: European State Aid Law Quarterly Issue 2/2004 s. 205-215. Berlin, 2004
- Refsum (2006) Refsum, Nina (red.) *Sykehusapotek i 150 år – fordi trygghet er avgjørende*. Oslo, 2006
- Sejersted m.fl. (2004) Sejersted, Fredrik. *EØS-rett*. Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn, Olav Kolstad. 2. utg. Oslo, 2004
- Steinicke/Groesmeyer (2003) Steinicke, Michael. *EU's Udbudsdirektiver*. Michael Steinicke, Lise Groesmeyer. 1. utg. København, 2003
- Wegener Jessen (2003) Wegener Jessen, Pernille. *Forbudet mod statsstøtte i EU*. 1. utg. København, 2003
- Zimmer (2001) Zimmer, Frederik. *Bedrift, selskap og skatt*. Frederik Zimmer (red.) i samarbeid med Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen Advokatfirma. 3. utg. Oslo, 2001
- Zimmer (2005) Zimmer, Frederik. *Lærebok i skatterett*. 5. utg. Oslo, 2005
- Zimmer (2006) Zimmer, Frederik. *Bedrift, selskap og skatt*. Frederik Zimmer (red.) i samarbeid med Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen Advokatfirma. 4. utg. Oslo, 2006

### Juridisk litteratur på internett

Skattelovskommentaren til Gyldendal Rettsdata: <http://www.rechtsdata.no/>

### Rapporter

Apotekforeningen. *Apotek og legemidler 2007 – Bransjestatistikk om apotekenes virksomhet og rammevilkår*. 2007, tilgjengelig på:

<http://www.apotek.no/sw117.asp?ParentID=100> (hentedato: 10.1.2008)

Beregningsutvalget for spesialisthelsetjenestens årsrapport for 2005, tilgjengelig på:

[http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/rapporter\\_planer/rapporter/2005/Arsrapport-fra-beregningsutvalget-for-spesialisthelsetjenesten.html?id=106367](http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/rapporter_planer/rapporter/2005/Arsrapport-fra-beregningsutvalget-for-spesialisthelsetjenesten.html?id=106367) (hentedato: 10.1.2008)

## Lover

Lov om drift av apotek av 4. august 1909 (opphevet)

Lov av 15. desember 1950 nr. 9 om endringer i lov om drift av apotek av 4. august 1909 (opphevet)

Lov om drift av apotek m.v. av 21. juni 1963 nr. 17 (opphevet)

Lov om merverdiavgift av 19. juni 1969 nr. 66

Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven) av 21. juni 1985 nr. 83

Lov om sosiale tjenester m.v. (sosialtjenesteloven) av 13. desember 1991 nr. 81

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde m.v. av 27. november 1992 nr. 109

Lov om offentlig støtte av 27. november 1992 nr. 117

Lov om legemidler m.v. (legemiddeloven) av 4. desember 1992 nr. 132

Lov om folketrygd av 28. februar 1997 nr. 19

Lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven) av 17. juli 1998 nr. 56

Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars 1999 nr. 14

Lov om spesialisthelsetjenesten m.m. av 2. juli 1999 nr. 61

Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69

Lov om apotek (apotekloven) av 2. juni 2000 nr. 39

Lov om helsemessig og sosial beredskap av 23. juni 2000 nr. 56

Lov om fylkeskommunale sykehusselskaper av 8. september 2000 nr. 77 (opphevet)

Lov om helseforetak m.m. (helseforetaksloven) 15. juni 2001 nr. 93

Lov om endringer i apotekloven og legemiddeloven av 15. juni 2001 nr. 94

Lov om kompensasjon av merverdiavgift for kommuner, fylkeskommuner mv. av 12. desember 2003 nr. 108

Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 12

### Forskrifter

Forskrift om medisinsk laboratorium og røntgeninstitut av 10. august 1984 nr. 1557 (opphevet)

Forskrift om grossistvirksomhet med legemidler av 21. desember 1993 nr. 1219

Forskrift om prisfastsettelse av legemidler av 16. desember 1994 nr. 1116 (opphevet)

Forskrift om stønad til dekning av utgifter til viktige legemidler og spesielt medisinsk utstyr av 18. april 1997 nr. 330

Forskrift om egenandelstak 1 av 18. april 1997 nr. 334

Forskrift om legemidler (legemiddelforskriften) av 22. desember 1999 nr. 1559

Forskrift om medisinsk laboratorie- og røntgenvirksomhet av 1. desember 2000 nr. 1276

Forskrift om apotek (apotekforskriften) av 26. februar 2001 nr. 178

Forskrift om legemiddelforsyning mv. ved sykehus og andre helseinstitusjoner av 18. desember 2001 nr. 1576

Forskrift om egenandelstak 2 av 19. desember 2002 nr. 1789

Forskrift om omsetning mv. av visse reseptfrie legemidler utenom apotek av 14. august 2003 nr. 1053

Forskrift om gjennomføring av EØS-regler om unntak fra notifikasjonsplikt for enkelte former for offentlig støtte av 5. desember 2003 nr. 1429

Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402

Forskrift av 7. september 2006 nr. 1062 om utfylling og gjennomføring mv. av regnskapsloven av 17. juli 1998 nr. 56

Forskrift av 28. november 2006 nr. 1336 Stortingets skattevedtak for inntektsåret 2007

### Traktater

Traktat om opprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskap av 25. mars 1957

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol av 2. mai 1992

### **Offentlige dokumenter, Norge**<sup>326</sup>

NOU 1989: 5 En bedre organisert stat (trykket utgave)

NOU 1997: 6 Rammevilkår for omsetning av legemidler

NOU 2003: 34 Mellom stat og marked

NOU 2004: 7 Statens forretningsmessige eierskap

Ot.prp. nr. 52 (1950) Om endringer i lov om drift av apotek av 4. august 1909 (adgang til å opprette sykehusapotek m. v.) (trykket utgave)

Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) Om lov om spesialisthelsetjenesten m.m. (trykket utgave)

Ot.prp. nr. 29 (1998-1999) Om lov om apotek (apotekloven) (trykket utgave)

Ot.prp. nr. 61 (2000-2001) Om lov om endringer i apotekloven og legemiddelloven (trykket utgave)

Ot.prp. nr. 66 (2000-2001) Om lov om helseforetak m.m. (helseforetaksloven) (trykket utgave)

Ot.prp. nr. 3 (2002-2003) Om lov om endringer i lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v. og i enkelte andre lover (statlig overtakelse av deler av fylkeskommunens ansvar for tiltak for rusmiddelmisbrukere)

Ot.prp. nr. 13 (2002-2003) Om lov om endringer i lov 30. august 1991 nr. 71 om statsforetak mv.

St.meld. nr. 18 (2004-2005) Rett kurs mot riktigere legemiddelbruk

---

<sup>326</sup> Under arbeidet med oppgaven har jeg blitt oppmerksom på at sidetallene i noen av disse offentlige dokumentene er forskjellige i de trykte utgavene og de elektroniske utgavene i pdf-format (lastet ned fra [www.regjeringen.no](http://www.regjeringen.no)). I en rekke av disse pdf-versjonene har det tradisjonelle sideoppsettet blitt endret slik at det bare er en spalte per side og ikke to slik det er i trykket utgave. Dette resulterer i at disse elektroniske pdf-dokumentene har omtrent dobbelt så mange sider. Mitt inntrykk er at dette stort sett gjelder eldre dokumenter fra tiden da forarbeidene først ble tilgjengelige i pdf-format (eksempler er NOU 1997 nummer 6 og 7). Siden mitt inntrykk er at bruk av pdf-dokumenter etter hvert er blitt mer vanlig og siden jeg stort sett bare har brukt pdf-versjonene, har jeg latt henvisningene til pdf-dokumentene stå. Jeg har anmerket de tilfeller der jeg unntaksvis har henvist til de trykte papirutgaven ved å sette "trykket utgave" i parentes i registeret.

St.meld. nr. 2 (2006-2007) Revidert nasjonalbudsjett 2007

St.meld. nr. 13 (2006-2007) Et aktivt og langsiktig eierskap (trykket utgave)

Innst. O. nr. 144 (1950) Innstilling fra sosialkomiteen om endringer i lov om drift av apotek av 4. august 1909 (adgang til å opprette sykehusapotek m.v.) (trykket utgave)

Innst. O. nr. 52 (1999-2000) Innstilling fra sosialkomiteen om lov om apotek (apotekloven) (trykket utgave)

Innst. O. nr. 118 (2000-2001) Innstilling fra sosialkomiteen om lov om helseforetak

Innstilling I fra komiteen til revisjon av apoteklovgivningen m.v. Trondheim 1958 (trykket utgave)

#### Dokumenter, Riksrevisjonen

Riksrevisjonens Dokument nr. 1 (2005-2006)

Riksrevisjonens Dokument nr. 1 (2007-2008)

#### Dokumenter, Konkurransetilsynet

Konkurransetilsynets avgjørelse A2005-21 av 15. juni 2005, tilgjengelig på:

[http://www.kt.no/iKnowBase/Content/422341/A2005-21\\_helseforetak.pdf](http://www.kt.no/iKnowBase/Content/422341/A2005-21_helseforetak.pdf) (hentedato: 10.1.2008)

Konkurransetilsynets svar til Axess sykehus og spesialistklinikk AS av 22. august 2005, ikke tilgjengelig på internett

## **Dokumenter, EFTA**

### **ESA – retningslinjer og beslutninger**

Guidelines on the application and interpretation of Articles 61 and 62 of the EEA Agreement and Article 1 in Part I of Protocol 3 to the Surveillance and Court Agreement, Adopted and issued by the EFTA Surveillance Authority on 19 January 1994 (OJ No. L 231, 03.9.1994, EEA Supplement No. 32)

ESA beslutning 236/02/COL – The EFTA Surveillance Authority decision of 4 December 2002 to propose appropriate measures to Norway with regard to State aid in the form of guarantees under the Act on State Enterprises (“Lov om statsforetak”)

ESA beslutning 155/07/COL – The EFTA Surveillance Authority decision of 3 May 2007 on state aid granted in connection with Article 3 of the Norwegian Act on compensation for value added tax (VAT)

### **EFTA-domstolens avgjørelser**

Sak E-2/94, Scottish Salmon Growers Association Limited mot EFTA Surveillance Authority, REC 1994-1995 s. 59

Sak E-1/04, Fokus Bank ASA mot den Norske Stat, REC 2004 s. 11

De forente sakene E-5/04 – E-7/04, Fesil og Finnfjord, PIL m.fl. og Kongeriket Norge mot EFTA Surveillance Authority, REC 2005 s. 117



## **Dokumenter, EU**

### **Direktiver**

EU-tidende 2004 nr. L 134 s. 1-113, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF av 31.3.2004 ”om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester ("forsyningsvirksomhedsdirektivet")”

EU-tidende 2004 nr. L 134 s. 114-240, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF av 31.3.2004 ”om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter”

EU-tidende 2006 nr. L 318 s. 17-25, Kommissionens direktiv nr. 2006/111/EF av 16.11.2006 ”om gennemsækeligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder og om den finansielle gennemsækelighed i bestemte virksomheder”

### **Forordninger**

EF-tidende 2001 nr. L 10 s. 30-32. Kommissionens forordning nr. 69/2001 av 12.1.2001 ”om anvendelse af EF-traktatens artikel 87 og 88 på de minimis-støtte”

EU-tidende 2006 nr. L 379 s. 5-10, Kommissionens forordning nr. 1998/2006 av 15.12.2006 ”om anvendelse af traktatens artikel 87 og 88 på de minimis-støtte”

### **Kommisjonsbeslutninger**

EF-tidende 1989 nr. L 284 s. 36-44, 89/536/EØF: Kommissionens beslutninger av 15.11.1989 ”om en procedure i henhold til EØF-Traktatens artikel 85 (IV/31.734 - Tyske fjernsynsselskabers filmindkøb)”

EF-tidende 1991 nr. L 28 s. 32-46, Kommisjonens beslutning av 16.1.1991 ”om en procedure i henhold til EØF-Traktaten artikel 85 (IV/32.732 – IJsselcentrale m.fl.)”

EU-tidende 2005 nr. L 312 s. 67-73, Kommisjonens beslutning nr. 2005/842/EF av 28.11.2005 ”om anvendelse af bestemmelserne i EF-traktatens artikel 86, stk. 2, på statsstøtte i form af kompensation for offentlig tjeneste ydet til visse virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse”

#### Kommisjonens meddelelser

EF-tidende 1998 nr. C 384 s. 3-9, 10.12.1998 Meddelelse fra Kommisjonen ”om anvendelsen af statsstøttereglerne på foranstaltninger vedrørende direkte beskatning af virksomhederne”

EF-tidende 2001 nr. C 17 s. 4-23, 19.1.2001 Meddelelse fra Kommisjonen ”Forsyningspligtydelser i Europa”

EU-tidende 2005 nr. C 297 s. 4-7, 29.11.2005 Meddelelse fra Kommisjonen ”Fællesskabsrammebestemmelser for statsstøtte i form af kompensation for offentlig tjeneste”

#### EF-domstolens avgjørelser

Sak 30/59, De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg mot ECSC High Authority, Saml.1961 s. 3

Sak 15/74, Centrafarm BV og Adriaan de Peijper mot Sterling Drug Inc., Saml. 1974 s. 1147

Sak 730/79, Phillip Morris Holland mot Kommisjonen, Saml. 1980 s. 2671

De forente sakene 296/82 og 318/82, Nederland og Leeuwarder Papierwarenfabriek mot Kommisjonen, Saml. 1985 s. 809

Sak 323/82, S. A. Intermills mot Kommisjonen, Saml. 1984 s. 3809

Sak 170/83, Hydrotherm Geraetebau GmbH mot Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas., Saml. 1984 s. 2999

Sak 30/87, Corinne Bodson mot SA Pompes funèbres des régions Ibérées, Saml. 1988 s. 2479

Sak 142/87, Belgia mot Kommisjonen, Saml. 1990 s. I-959

Sak C-41/90, Klaus Höfner og Fritz Elsner mot Macrotron GmbH, Saml. 1991 s. I-1979

Sak C-179/90, Merci Convenzionali Porto di Genova mot Siderurgica Gabrielli, Saml. 1991 s. I-5889

Sak C-387/92, Banco Exterior de España mot Ayuntamiento de Valencia, Saml. 1994 s. I-877

Sak C-73/95 P, Viho Europe BV mot Kommisjonen, Saml. 1996 s. I-5457

Sak C-35/96, Kommisjonen mot Italia, Saml. 1998 s. I-3851

Sak C-360/96, Gemeente Arnhem og Gemeente Rheden mot BFI Holding, Saml. 1998 s. I-6821

Sak C-67/96, Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensionenfonds Textielindustrie, Saml. 1999 s. I-5751

Sak C-200/97, Ecotrade Srl mot Altiforni e Ferriere di Servola SpA (AFS), Saml. 1998 s. I-7907

Sak C-107/98, Teckal Srl mot Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, Saml. 1999 s. I-8121

Sak C-379/98, PreussenElektra AG mot Schleswig AG, Saml. 2001 s. I-2099

Sak C-94/99, ARGE Gewässerschutz mot Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Saml. 2000 s. I-11037

Sak C-157/99, Smits mot Stichting Ziekenfonds og H. T. M. Peerbooms mot Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, Saml. 2001 s. I-5473

Sak C-475/99, Ambulanz Glöckner, Saml. 2001 s. I-8089

Sak C-53/00, Ferring AS mot Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS), Saml 2001 s. I-9067

Sak C-280/00, Altmark Trans GmbH og Regierungspräsidium Magdenburg mot Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, Saml. 2003 s. I-7747

De forente sakene C-34/01 – 38/01, Enirisorse SpA mot Ministero delle Finanze, Saml. 2003 s. I-14243

Sak C-452/01, Ospelt mot Schlössle Weissenberg, Saml. 2003 s. 9743

Sak C-26/03, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Termische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Saml. 2005 s. I-1

Sak C-84/03, Kommisjonene mot Spania, Saml. 2005 s. I-139

Sak C-458/03, Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen og Stadtwerke Brixen AG, Saml. 2005 s. I-8612

Sak C-222/04, Ministero dell'Economia e delle Finanze mot Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato og Cassa di Risparmio di San Miniato SpA, Saml. 2006 s. I-289

Sak C-340/04, Carbotermo SpA og Consorzio Alisei mot Comune di Busto Arsizio og AGESP SpA, Saml. 2006 s. I-4137

De forente sakene C-393/04 og C-41/05, Air Liquide Industries Belgium SA mot Ville de Seraing og Province de Liège, Saml. 2006 s. I-5293

Sak C-220/05, Jean Auroux m.fl. mot Commune de Roanne, Saml. 2007 s. I-385

Sak C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) mot Transformación Agraria SA (Tragsa) og Administración del Estado, Saml. 2007 s. I-2999

#### Førsteinstansens avgjørelser

Sak T-106/95, Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA) m.fl. mot Kommisjonen, Saml. 1997 s. II-229

Sak T-234/95, DSG Dradenauer Stahlgesellschaft mbH mot Kommisjonen, Saml. 2000 s. II-2603